

FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO



*A REPRESSÃO SELETIVA DAS DROGAS:  
ORIGEM E LIMITES DA LEGITIMIDADE PENAL  
À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO*

Tiago João Oliveira Fernandes

*Dissertação apresentada para a  
Obtenção do grau de Mestre em  
Criminologia*

Coimbra, Junho de 2015

FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO



*A REPRESSÃO SELETIVA DAS DROGAS:  
ORIGEM E LIMITES DA LEGITIMIDADE PENAL  
À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO*

Tiago João Oliveira Fernandes

*Dissertação orientada pelo  
Prof. Doutor Carlos Poiares  
e co-orientada pela  
Prof. Mestre Sara Moreira  
para a obtenção do grau de  
Mestre em Criminologia*

Coimbra, Junho de 2015

*“All our knowledge begins with the senses, proceeds then to the understanding, and ends with reason. There is nothing higher than reason.”*

Immanuel Kant, in *Critique of Pure Reason*

## AGRADECIMENTOS

A realização desta Dissertação de Mestrado apenas foi possível graças ao contributo, direto ou indireto, de várias pessoas. Apesar de o espaço reservado a esta secção não permitir agradecer convenientemente a todos os que tornaram a realização de mais uma etapa da minha vida académica possível, gostaria de exprimir os meus curtos, mas sentidos agradecimentos,

ao meu Orientador, Dr. Carlos Poiares, pelo desenvolvimento científico e multidisciplinar do estudo Drogas e seus contornos. que se revela essencial na construção de um entendimento profundo e repleto de razão, e cujos ensinamentos desde cedo promoveram a minha vontade em desenvolver o tema, tendo ainda sido determinantes no rumo tomado ao longo de toda investigação científica;

à minha Co-Orientadora, Mestre Sara Moreira, pelo apoio prestado, pelo sentido crítico sempre pertinente, e pelo seu apreço pelo conhecimento que tanto determinou o desenvolvimento do meu prazer pelo saber; e, por assim ser, por ter despoletado em mim um desenvolvimento pessoal e profissional que de outra maneira dificilmente sucederia, bem como uma motivação em trabalhar outrora desconhecida;

à Mestre Maria João Guia, por me ter contagiado com a sua energia e boa disposição sempre presentes, energia que se demonstrou essencial para alcançar os objetivos pretendidos;

à Dr.<sup>a</sup> Helena Reis, pelos ensinamentos metodológicos de investigação permitiram que não perdesse o rumo ao longo de todo o processo construtivo da presente Dissertação.

Ainda a todos os docentes que me acompanharam no decorrer de toda esta etapa, pelas competências que me permitiram desenvolver através dos seus sábios ensinamentos;

à minha namorada, pelo carinho e atenção que permitiram que tudo se tornasse mais suportável;

aos meus colegas de mestrado, pela partilha de saberes e experiências únicas e pela colaboração e espírito de entreajuda demonstrados;

aos meus pais, família e amigos, pelo apoio e compreensão demonstrados;

e por fim, um sentido agradecimento a toda a comunidade académica, por permitir uma constante evolução do conhecimento científico, que de outra forma não seria possível.

## RESUMO

A droga encontra-se difundida na nossa sociedade. Sempre se encontrou, e assim se manterá.

Objeto de regulamentação desde o século passado, a droga selecionada pelo Estado como “ilegal” tem sido uma preocupação constante nas sociedades, invocada como origem de grandes males, quer individuais, quer sociais, camuflando a essencial origem da sua maioria: o Homem.

Desde a criação da sociedade surgiu a necessidade de regular as relações sociais, em termos coincidentes com o momento histórico. De fato, os contornos que regem as sociedades acompanham as tendências sociais e políticas, surgindo a sociedade e o direito como reflexo um do outro, como partes de uma relação dinâmica de mútua influência.

Sendo ambos o indivíduo e a sociedade dotados de direitos e deveres, bem como tendo bens jurídicos a si afetos, com valorações distintas, haverá um choque entre ambos que deverá ser regulado. Neste sentido, dispõe o Estado de vários meios de reação de forma a instigar o cumprimento das disposições normativas, dos quais se destaca o Direito Penal pelo facto de ser o mecanismo reativo mais danoso e, como tal, aplicado em última instância. Sendo o tráfico e o consumo de drogas criminalizado e, como tal, Sendo esta a arma utilizada pelo Estado para reprimir a droga, concretamente o tráfico nas demais ações legais e parte do consumo, pelo facto de estas condutas lesarem a Saúde Pública, torna-se necessário averiguar os contornos deste mecanismo legal na sua defesa.

Desta forma, temos a pena como o último e decisivo meio de reagir à prática de condutas criminalizadas, de maneira a prevenir (e reprimir) a prática de condutas que lesem bens jurídicos. No entanto, face aos danos provocados pelo Direito Penal torna-se necessário que a sua intervenção seja essencial para assegurar a proteção dos bens jurídicos fundamentais, o que se determina através da Ciência Conjunta do Direito Penal, onde se encontra a Política Criminal, a Dogmática jurídico-penal e a Criminologia.

Assim, de forma a regular a margem de manobra do Estado no que diz respeito à utilização da pena como mecanismo reativo encontram-se determinados princípios, que surgem como limitação à sua aplicação. De entre esses destacamos o princípio da legalidade, prevendo a necessidade da pré-existência de uma norma que preveja a punição pela prática de determinada conduta; o princípio da proporcionalidade, de entre o qual

encontramos o princípio da subsidiariedade e da adequação como essenciais à compreensão da aplicação da pena, devendo a pena ser indispensável e adequada à proteção dos bens jurídicos; o princípio *in dubio pro libertate*, impondo ao legislador o ónus de provar a existência do dano social provocado pela conduta e a indispensabilidade da pena, bem como que a aplicação do direito penal é eficaz nessa proteção, tendo o Estado tem a obrigação de otimizar resultados. Como essencial para determinar a eficácia da pena surge ainda como necessário uma alusão ao bem jurídico como objeto de proteção através da norma penal, bem como as finalidades preventivas da pena.

Desta forma, de forma a garantir a validade da norma jurídica, surge como *conditio sine qua non* da intervenção penal a sua eficácia.

Compreendidos os objetivos e limitações da intervenção penal, é necessário compreender a evolução legislativa em torno da droga, encontrando-se a competência legal dividida entre o Direito Penal e Direito Contraordenacional, sendo que a competência de ambos se divide no que diz respeito ao consumo de determinadas drogas ilícitas tipificadas, cabendo ao tráfico única e exclusivamente a intervenção do Direito Penal. Drogas essas cuja inclusão ou exclusão dessa lista é tão-só motivação do legislador, num limite quantitativo estanque, concretamente o equivalente a 10 doses diárias. Desta forma, coexiste na sociedade uma conduta punida por dois ramos de direito distintos, fruto de uma imperfeição legislativa, que levou à sua “correção” através da interpretação jurisprudencial, interpretação essa que determinou a criação de um regime legal. na nossa opinião, confusa e irracional.

Face aos princípios norteadores da aplicação do direito penal e a existência de um sistema repressivo e seletivo de drogas como ilícitas, que se revela totalmente no caso do tráfico, e reparte a competência do consumo nos termos sobreditos, cumpre determinar se, à luz dos factos, da realidade por detrás do fenómeno das drogas e suas consequências, tal sistema repressivo se revela coincidente e, como tal, legítimo.

De maneira a compreender o problema em volta da repressão da droga, surge como elucidativo a exposição de duas categorias de crimes que se encontram no limiar da legitimidade da intervenção penal, sendo estes objeto de Descriminalização nas últimas décadas, como decorrência da evolução do conhecimento científico e do reconhecimento dos direitos fundamentais do Homem – os crimes de perigo abstrato e os crimes sem vítimas, encontrando-se o cerne do problema na lesão do bem jurídico nos primeiros, e na vítima e no seu consentimento nos segundos.

Para tanto, surge necessário compreender as motivações do consumidor, as relações entre droga e crime e droga e morte, bem como a influência dos controlos sociais. As drogas não são “a droga”. Os hábitos de consumo são distintos entre indivíduos, os efeitos e consequências das drogas diferem de uma maneira não representada na lei, consubstanciando opções individuais. Quanto à relação entre droga e crime, temos a droga como causa de crime, maioritariamente patrimonial. No entanto, a sua criminalização surge como origem dos maiores danos sociais inerentes à droga. Já a relação entre droga e morte surge igualmente sobrevalorizada na sociedade, originando concepções pré-determinadas por ideias falaciosas e por valores cuja tutela não compete ao Direito Penal. Relativamente aos controlos sociais, encontramos o formal e o informal – estando estes dependentes um do outro para atingir os seus objetivos, e numa relação de influência constante, que determina, quer as convicções populares, quer o *modus* e o *quantum* da intervenção penal.

Será, pois, da análise de todos estes elementos que poderemos concluir se a repressão seletiva das drogas por parte do Estado é legítima na sociedade atual, à luz dos princípios de direito.

Palavras Chave: Direito Penal; Droga; Legitimidade Estadual; Crime; Descriminalização.

## **ABSTRACT**

The drug is widespread in our society. Always has been, and so will remain...

Subject to regulation since the last century, the drug selected by the state as "illegal" has been a constant concern in societies relied on as a source of great evils, either individual or social, disguising the origin of their majority: Men.

Since the creation of the society it became necessary to regulate social relations in terms coincident with the historical moment. Indeed, the outlines that govern societies accompany the social and political trends, emerging society and law as a reflection of each other, as part of a dynamic relationship of mutual influence.

Having both individual and society rights and duties, as well as having legal rights assigned to them, with distinct valorizations, there is an impact between both parts to be regulated. In this sense, the State has several means to react in order to instigate compliance with the legal provisions, among which the criminal law by virtue of being the most harmful reactive mean and, as such, applied ultimately. This being the weapon used by the state to crack down on drug trafficking and consumption, for these conduits harm Public Health and Social Peace, becomes necessary to determine the contours of this legal mechanism in its defense.

Thus , we have the penalty as the last and decisive means to react to the practice of criminalized conduct, in order to prevent (and punish) the practice of behaviors that damage legal interests. However, given the damage caused by criminal law it is necessary that their action is essential to ensure the protection of fundamental legal goods, which is determined by the Joint



Science of Criminal Law, where we find Criminal Policy, the Dogmatic Criminal Law and Criminology.

In order to regulate the state of law with respect to the use of pen and responsive mechanism, certain essential principles arise as a limitation to its application. Among these stands out the principle of legality, which presupposes the pre-existence of a rule predicting the punishment for the practice of a certain conduct; the principle of proportionality, among which we find the principle of subsidiarity and suitability as essential to the understanding of the application of the penalty, should the penalty be essential and appropriate to protect the legal interests; the principle *in dubio pro libertate*, imposing on the legislator the burden of proving the existence of the harm caused by the conduct and the indispensability of the penalty to regulate the conduct and his interests, as well as that the application of criminal law is effective in their protection, having the State the obligation to optimize results. As essential to determine the effectiveness of the punishments appears necessary an allusion to the legal interest as an object of protection by criminal law and the purposes of punishment.

Thus, to ensure the validity of the rule of law appears as *conditio sine qua non* of criminal intervention its effectiveness.

Understood the objectives and limitations of the criminal action, it is necessary to divided between the criminal law system and law and misdemeanor, and the competence of both is divided with regard to the consumption of certain illegal drugs, falling the drug traffic integrally into criminal law. Drugs whose inclusion or exclusion from that list is merely legislator's motivation in a tight quantitative limit, namely the equivalent of 10 daily doses.

Thus, coexist in society the same conduct punishable by two distinct branches of law, the result of a legislative imperfection, which led to his

“correction” through judicial interpretation, interpretation which led to the creation of a legal regime, in our point of view, confused and irrational.

Given the guiding principles of the application of criminal law and the existence of a repressive and selective system of drugs as illegal, which is revealed fully in the case of trafficking, and distribute the power consumption in the aforesaid terms, we must determine whether, on the facts, the reality behind the phenomenon of drugs and its consequences, such repressive system proves coincident and as such, legitimate.

In order to understand the issues around the drug repression, it appears as elucidatory the expose of two categories of crimes who are on the threshold of legitimacy of the criminal action, including being object of Decriminalization in recent decades in the course of corporate development and recognition of fundamental human rights - the *crimes of abstract danger* and *victimless crimes*, finding the crux of the problem in the lesion of the legal interest in the first , and the victim and his consent in seconds.

This, appears necessary to understand consumer motivation, relationships between drugs and crime and drugs and death as well as the influence of social controls.

Drugs are not "the drug". Consumption patterns are different among individuals, the effects and consequences of drugs differ in a manner not represented in the law, embody individual options. As for the relationship between drugs and crime, we have the drug as a cause of crime, mainly equity. However, this criminalization comes as the source of the greatest social harm inherent to the drug. As for the relationship between drugs and death comes also overvalued in society, resulting in predetermined conceptions by fallacious ideas and values whose guardianship is not for the Criminal Law.

With regard to social controls, we find the formal and informal - and these are dependent on each other to achieve their objectives, and in a relationship of constant influence, which determines whether the popular beliefs, whether the *modus* and the *quantum* of criminal intervention.

It will therefore be from the analysis of all these elements that we will be able to conclude that if selective repression of drugs by the state is legitimate in today's society, in the lights of the principles of law.

Keywords: Penal Law; Drug; State Legitimacy; Crime; Decriminalization.

# ÍNDICE

ÍNDICE DE SIGLAS.....	10
INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I - DO DIREITO.....	15
Capítulo I – Parte Geral.....	15
1. A Legitimidade do Estado De Direito.....	15
2. A Criação da Pena.....	18
2.1. A Política Criminal.....	19
2.2 A Criminologia e a definição de crime. ....	22
2.3 O Direito Penal .....	23
2.3.1 Os Princípios do Direito Penal.....	24
2.3.2 As Finalidades da Pena.....	29
2.3.3 Teoria do Bem Jurídico e o critério da necessidade .....	30
2.4 Exemplos controversos no ordenamento jurídico-penal .....	35
2.4.1 Os Crimes de Perigo .....	35
2.4.2 Os Crimes sem vítimas .....	43
Capítulo II – Legislação das Drogas.....	50
1. Direito Internacional.....	50
2. Evolução Legislativa Portuguesa .....	51
2.1 Determinação das quantidades para efeitos sancionatórios.....	72
2.2 Revogação operada pelo art. 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro ....	76
3. Perspectivas futuras .....	84
PARTE II – DOS FACTOS .....	88
Capítulo I – Motivações do consumo.....	88
Capítulo II - Relação entre Droga e Crime.....	93
1. Construção da Relação .....	93
2. O Mercado das Drogas .....	100
Capítulo III – Relação entre Droga e Morte.....	102
Capítulo IV – Relação entre Droga e Controlo Social .....	104
1. O Controlo Social e a sua Influência .....	104
2. A Estigmatização como Consequência da Reação Social .....	106
PARTE III – POSTURAS POLÍTICAS E O FUTURO .....	109

<b>Capítulo I – A Evolução Político-Criminal .....</b>	<b>109</b>
<b>1. Proibicionismo .....</b>	<b>109</b>
<b>2. Ventos de Mudança .....</b>	<b>111</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>122</b>
<b>1. Do Direito.....</b>	<b>122</b>
<b>2. Da aplicação do Direito ao caso concreto .....</b>	<b>129</b>
<b>3. Termos em que concluímos .....</b>	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>143</b>
<b>Legislação.....</b>	<b>148</b>
<b>Nacional .....</b>	<b>148</b>
<b>Internacional .....</b>	<b>148</b>
<b>Jurisprudência.....</b>	<b>149</b>
<b>Sítios <i>Online</i> .....</b>	<b>150</b>

## ÍNDICE DE SIGLAS

A.R. – Assembleia da República

Ac. – Acórdão

Al. – alínea

art. - artigo

DL – Decreto-Lei

C.C. – Código Civil

C.D.T. – Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência

C.E.J. – Centro de Estudos da Juventude

C.E.D.H. – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

C.I.C.D. - Centro de Investigação e Controlo de Droga

C.J.I.D. – Centro de Investigação Judiciária da Droga

C.P. – Código penal

C.P.P. – Código de Processo Penal

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

D.R. – Diário da República

DL – Decreto-Lei

Dr. - Doutor

E.N.L.C.D. - Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga

E.U.A. – Estados Unidos da América

ex. – exemplo

L.O.I.C. - Lei da Organização da Investigação Criminal

n.º - número

Op. cit. - opus citatum

O.N.U. – Organização das Nações Unidas

p. – Página

p.e p. – previsto e punido

pp. – páginas

Pr. – Princípio

Proc. – Processo

Rel. – Relação

S.T.J. – Supremo Tribunal de Justiça

S.I.C.A.D. – Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências

T.R.C. – Tribunal da Relação de Coimbra

T.R.G. – Tribunal da Relação de Guimarães

T.R.L. – Tribunal da Relação de Lisboa

T.R.P. – Tribunal da Relação do Porto

Trib. – Tribunal

U.E. – União Europeia

v. – Von

v.g. – verbi gratia

Vol. – Volume

## INTRODUÇÃO

A presença das drogas na sociedade não é um fenómeno atual. Tem milhares de anos e, de uma maneira ou outra, sempre coexistiu com a humanidade.

Em Portugal, a regulação dos estupefacientes e substâncias psicotrópicas, nomeadamente as que constam das tabelas I a IV (e concretamente nas tabelas I a III) anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro - substâncias que, vulgarmente e, por questões práticas, serão referidas ao longo do trabalho como “drogas” -, tem cerca de uma centena de anos (sem descurar o aditamento de várias substâncias subsequente à sua publicação).

Nesta última centena, concretamente nos últimos 50 anos, o Estado português, derivado às perspetivas internacionais e nacionais do fenómeno, sentiu necessidade de reprimir (ou tentar reprimir) a existência das drogas na sociedade, delegando o monopólio destas para o mercado negro através de a criação de um regime proibicionista.

De facto, não obstante cada vez mais se verem reconhecidos os direitos fundamentais dos Homens, certo é que, relativamente à utilização de drogas - como decorrência do exercício de um direito essencial do Homem, concretamente do exercício da sua autonomia individual como decorrência do princípio à liberdade – tentou-se reprimir a sua existência, através do sancionamento de todas as partes relacionadas com a práticas do tráfico, na aceção incita no art. 21.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e do consumo. Repressão essa que tem vindo a retrair-se, face à incapacidade na prossecução dos seus objetivos - erradicar a existência de droga da sociedade -, e, desta forma, face à consequente falência do regime proibicionista.

No entanto, reconhecida a necessidade internacional em acabar com a droga e à sua vigência na ordem interna; e, ao mesmo tempo, reconhecida a falência do proibicionismo como forma de acabar com os danos individuais e sociais causados pela droga, deambulamos num sistema onde coexiste a aplicação de dois regimes legais, completamente distintos face às situações objeto de intervenção: o Direito Penal e o Direito Contraordenacional, encontrando-se limitada a aplicação do segundo, em detrimento do primeiro, à detenção ou aquisição, para consumo próprio, de quantidade de drogas até 10 doses diárias.

Analizando os danos advindos da droga na sociedade, encontramos a responsabilidade de grande parte dos danos causados pelas drogas entre a responsabilidade



individual e o proibicionismo legal existente. Isto porque o proibicionismo legal em vigência, que reparte o seu exercício através de ambos os ramos de direito, impede que o indivíduo possa ser verdadeiramente responsável pela sua conduta e pelos seus danos, na medida que não lhe são fornecidos os meios para tomar as decisões conscientemente, e, mesmo a ter os meios e o conhecimento, não lhe permite que possa exercer a prática do consumo de forma a salvaguardar os seus interesses, e de maneira a que o dinheiro que despende possa integrar os cofres do Estado na forma de lucro, de forma a ser investido na educação social, sensibilização e regulação das drogas na sociedade.

Ainda assim, os danos causados que lhe são atribuídos - danos esses abstratamente determinados na saúde pública-, são uma ínfima parcela face aos verdadeiros problemas existentes em volta do fenómeno, como consequência da repressão das mesmas.

Invocando-se a falência da repressão das drogas por todo o mundo, questiona-se a razão de ser da sua existência, bem como dos fundamentos da contínua intervenção do direito penal. “Quem é o Estado para me impedir de consumir quando, se prejudico alguém, é a mim, e para me tratar como um criminoso?” É uma questão recorrente, nomeadamente entre os consumidores de droga, para a qual as respostas costumam ser desadequadas, ou (in)fundadas em ideologias já desmitificadas e valores morais que ainda se encontram presentes na sociedade. Desta forma, questionamo-nos sobre quais os fundamentos legais e qual a aplicabilidade prática do regime proibicionista por parte do Estado sobre o tráfico e o consumo de drogas, ou seja, da criminalização das drogas, na sociedade atual.

Para tanto, entendemos ser conveniente abordar sucintamente a lógica por detrás do Contrato Social implícito na vida em sociedade, que vincula o indivíduo e a sociedade, e de onde advém a legitimidade do Estado para intervir e regular os comportamentos individuais enquanto parte integrante da sociedade. Compreendendo o porquê da necessidade da existência de um Estado de Direito, caberá determinar o mecanismo legal através do qual este irá intervir. No caso concreto, a necessidade recai essencialmente sobre a análise da origem, criação e aplicação da pena como mecanismo de reação penal, sobre os seus princípios, os seus limites, as suas finalidades e consequências.

Face à peculiaridade do tipo legal *in casu*, peculiaridade essa inerente ao enquadramento dos crimes de tráfico e consumo de drogas nas categorias de crimes de perigo abstrato e crimes sem vítimas, será ainda relevante fazer uma análise a estes tipos legais, atento o enquadramento da sua análise no caso concreto das drogas.

Relativamente à legislação aplicada às drogas, esta não tem sido coerente desde o início da sua vigência. Após cerca de meia centena de anos na alçada do regime contraordenacional, em 1970 passou a ser criminalizado, encontrando-se atualmente no rumo à descriminalização, pelo que se optou por uma breve alusão à evolução legislativa, internacional e nacional, do regime das drogas, com especial atenção à legislação em vigor à data.

Por fim, os efeitos e as consequências das drogas têm sido desmitificados um pouco por todo o mundo e pelas várias ciências - psicológicas, medicinais, sociológicas, criminológicas, etc., evidenciando os problemas inerentes à droga como consequência essencial, não da substância em si, mas do próprio regime legal aplicado. De forma a compreender os factos entendemos ser essencial uma análise das motivações que levam o indivíduo a consumir, a relação concreta existente entre a droga e o crime e, consequentemente, o mercado das drogas, a relação existente entre droga e morte, e, por fim, a influência dos controlos sociais.

Após analisada a parte do Direito, concretamente do Direito Penal, e dos factos que motivam a sua aplicação, faremos então uma breve referência aos dois regimes, culminando com a postura política (e consequente o regime legal) que, face aos factos, à sociedade atual, aos princípios do Direito e ao que a história nos tem demonstrado, afiguramos ser a mais pertinente, de forma a satisfazer os interesses, dos indivíduos em particular, dos indivíduos enquanto membros da sociedade, e da sociedade em geral.

De facto, apenas após analisado o fundamento da aplicação do Direito Penal, realidade das drogas, e a relação existente entre ambos enquadrada na sociedade atual, poderemos compreender e concluir se a repressão seletiva de drogas vigente no nosso ordenamento jurídico, e no mundo em geral, é legítima à luz dos princípios do direito.

# PARTE I - DO DIREITO

## Capítulo I – Parte Geral

### 1. A Legitimidade do Estado De Direito

Outrora distribuídos e organizados em pequenos grupos, o ser humano criou a sua primeira civilização cerca de 3000 anos antes de Cristo, na região da Mesopotâmia, alcançando então a criação do Estado<sup>1 2</sup> - *“entidade abstracta que actua através dos seus órgãos (...)[,] e (...) realidade objecto de interesse de ciências diversas e com métodos de análise variados”*.<sup>3</sup> Sigmund Freud refere-se à “civilização” para designar *“todo o conjunto de feitos e instituições que assinalam a distância entre a nossa vida e a vida dos animais nossos antepassados, e que estão ao serviço de dois fins: a proteção do homem contra a natureza e a regulação das relações dos homens entre si.”*<sup>4</sup> E com a evolução da civilização, alcançamos a sociedade<sup>5</sup>, regulada pelo Estado. A vida em sociedade, como nós a conhecemos, e especialmente nos moldes atuais enquadrados na era da globalização, pressupõem uma imensidade de relações constantes, quer interindivíduos - indivíduos com diferentes ideais, motivações e interesses, indivíduos com um processo criativo e educativo *per si*, moldados por um conjunto de experiências únicas, das quais tiras as suas conclusões; quer entre estes e a sociedade-, gerando sentimentos de conflito e consenso.

Todos estes fatores originam diferentes comportamentos, diferentes opiniões e, conseqüentemente, diferentes valores com graduações distintas. Desta maneira, tornou-se necessário regular ambas as relações interindividuais e entre estes e a sociedade, de uma forma justa, equitativa e previsível/expectável.

Mas como decidir sobre que condutas e em que termos é que o Estado pode e deve atuar? Quais as condutas objeto de legítima intervenção estatal, e como determinar os seus limites? Desde logo é necessário ter em consideração que a sociedade tem *per si* valores e

---

<sup>1</sup> Do Latim *status*, equivalente a ordem, termo introduzido por Maquiavel.

<sup>2</sup> Nas acepções de “poder político, em que o Estado tem como finalidade essencial exercer o poder com vista à realização de fins comuns, [manifestando-se] através da actuação de órgãos, serviços e relações de autoridade”; e de conjunto de regras necessário a um mínimo de organização que é exigível. In SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende – Noções de Direito Constitucional e Ciência Política, Editora Rei dos Livros, 2008. ISBN 978-972-51-1139-0. p.201.

<sup>3</sup> SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende – Noções de Direito... *op cit.* p.199

<sup>4</sup> FREUD, Sigmund – O Mal-Estar na Civilização, Tradução de Isabel Castro Silva, Relógio D’Água Editores, Lisboa, Fevereiro de 2008, Depósito Legal n.º 272141/08. P.42

<sup>5</sup> Conjunto de indivíduos que se regem pelas mesmas regras e que partilham traços culturais.

interesses a garantir ligados ao indivíduo e à sua vida em sociedade, cujo cumprimento o Estado nos impõe se as violarmos, ou seja, conforme explica o Professor José Bronze, “*se violarmos certos interesses ou bens jurídicos fundamentais que a sociedade pretende preservar (...) a sociedade pede-nos responsabilidades. (...) [no entanto,] os indivíduos também dirigem à sociedade exigências que derivam da afirmação da sua autonomia (...)*”<sup>6</sup>, isto pelo facto de, entre ambas as partes – sociedade e indivíduo –, existir um conflito constante relativamente ao exercício dos seus direitos e deveres.

De maneira a sancionar os comportamentos desconformes aos normativos legais, o aparelho Estatal aplicou ao longo dos tempos sanções das demais naturezas, tendo o “*grande espectáculo da punição física*” durado até princípios do século XIX e o “poder sobre o corpo” até meados do mesmo século<sup>7</sup>. Recentemente, consequências das 2 Grandes Guerras e demais atrocidades verificadas ao longo da história, surgiram diplomas internacionais de cariz humanitário, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>8 9</sup> e a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>10</sup>, de maneira a impedir e sancionar a violação dos Direitos Fundamentais do Homem.

Ora, de maneira a efetivar os “*critérios de fruição do mundo*”<sup>11</sup>, a ordem jurídica aplica sanções<sup>12</sup>, correspondendo a “*todo o meio consoante com as exigências da igualdade, da proporcionalidade, da necessidade, da adequação normativa e, em certas hipóteses – no caso das sanções que ofendem bens jurídicos individuais*”, nomeadamente a sua liberdade - a culpa, que a ordem jurídica mobiliza para tornar eficazes as suas prescrições<sup>13</sup>. Destarte, é “*o carácter social das relações jurídicas que implica a exigibilidade e a executabilidade*” da intervenção Estatal.<sup>14</sup> No entanto, e com base nos princípios (ou exigências) supra mencionados, podemos afirmar, parafraseando o Professor

---

<sup>6</sup> BRONZE, Fernando José, Lições de Introdução ao Direito, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p.48-49

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel – *Vigiar e Punir*, Tradução de Raquel Ramallete, 20ª Edição, Editora Vozes, Petrópolis 1999. Pp.288

<sup>8</sup> Adotada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948, Publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978.

<sup>9</sup> Prevê no seu art.29.º que “*O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade*”, e que “*no exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.*” (n.º1 e n.º2)

<sup>10</sup> Adoptada em Roma, a 4 de Novembro de 1950. Entrada em vigor na ordem internacional a 3 de Setembro de 1953.

<sup>11</sup> *Ordem Jurídica como princípio da acção*

<sup>12</sup> *Ordem Jurídica como critério de sanção*

<sup>13</sup> BRONZE, Fernando José, Lições de Introdução... (op cit.). P.63-64

<sup>14</sup> *Idem*. P.67

José Bronze, que “o direito não pode arrogar—se o (...) “direito” de resolver todos os problemas do homem.”<sup>15</sup>

Sendo a sociedade constituída por uma universalidade de indivíduos, mais explica o Professor que são “(...) os valores materialmente densificantes de uma determinada sociedade [que] identificam o consensus comunitário e (...), portanto, funcionam como fator de coesão social e como elemento fundamental e fundamentante da integração comunitária.”<sup>16</sup> No entanto, salientamos o facto de que, não sendo a ordem jurídica uma ordem de consensos implica que a validade não seja alcançada através da legitimidade que advém do consenso.<sup>17</sup>

De facto, “o conflito humano pressupõem ele próprio uma margem de consenso: que mais não seja, o consenso que se revela na comunidade de existência e de mobilização para o conflito”<sup>18</sup> Como tal, há crimes que “*exprimem um inequívoco consenso de toda a coletividade e que despertam nela sentimentos de coesão e solidariedade.*” Trata-se, além disso, de crimes comuns à generalidade das sociedades e tendencialmente constantes ao longo da história. Não faltam, porém, crimes “criados” para “*emprestar eficácia a uma particular moralidade ou a um determinado arquétipo de organização económica, social ou política*”, consequência do exercício do poder ao serviço do interesse de uns, impondo-se a todos.<sup>19 20</sup>

Mas nem as matérias de consenso e de conflito são imutáveis; tal como os valores e as opiniões, a lei acompanha os diversos contextos espaço-temporais. Na afirmação de Karl Larenz “*a lei vale para todos os tempos históricos, mas em cada momento da forma que este a entende e desimplica, de acordo com a consciência jurídica*”. Como desenvolve Canaris, os princípios jurídicos gerais não poderão ser entendidos como estáticos, imutáveis às alterações sociais, sendo estes “*recondutíveis à ideia de Direito ou à «natureza das coisas»* [, alcançando] *«a sua configuração concreta em todas as regras somente mediante a referência a uma determinada situação histórica e na indagação da*

---

<sup>15</sup> *Idem.* P.34

<sup>16</sup> *Idem.* P.219

<sup>17</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p31

<sup>18</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia...* (op.cit.) P.88

<sup>19</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia...* (op.cit.) P.89

<sup>20</sup> “*Uma vez que o injusto é um transgressor da lei, e o justo se mantém dentro dos seus limites, é evidente que toda a legalidade é de algum modo justa. Na verdade tudo o que é definido por um acto legislador é conforme à lei, por isso afirmamos que cada uma das disposições legais é justa. As leis pretendem estender-se a todas as coisas e visam, assim, ora o interesse comum a todos ora o interesse dos melhores de todos, ou ainda dos que obtiveram uma posição de domínio, que está baseada na excelência ou numa qualquer outra forma de distinção.*” in ARISTÓTELES - *Ética e Nicómaco*, Tradução de António de Castro Caeiro, Quetzal Editores, 4.ª ed, 2012, ISBN – 978-972-564-803-2. P.119

*consciência jurídica geral em cada momento»*”.<sup>21</sup> Conforme ainda explica Durkheim, o crime encontra-se em todas as sociedades, de todas as espécies, não existindo nenhuma sociedade onde não exista criminalidade, modificando as formas de manifestação e os seus autores com o tempo – “*sempre e em qualquer lugar, existiram homens que se comportaram de tal maneira, que recaiu sobre eles a repressão penal*”.<sup>22</sup> No mesmo sentido encontramos Tarde, entendendo que o crime era simultaneamente um fenómeno social e anti-social, identificando o desfasamento entre o teor dos desejos e o dos recursos como elemento essencial para compreender a pressão social no sentido imitação-repetição, evidenciando o fenómeno *imitação – costume*, que consistia na transmissão dos costumes e técnicas criminais entre gerações.<sup>23 24 25</sup>

Assim, “*a lei não expressa senão um modelo de comportamento, abstratamente previsto, construído em uma época historicamente determinável com todas as influências desse momento histórico que a criou.*”<sup>26</sup> Não obstante o facto de que as normas e as leis penais existentes são reflexo do nosso passado, estas, por um lado adaptam-se com a sociedade, e por outro servem como motor de mudança, sendo dotadas de um carácter aberto a distintas interpretações e significados adaptáveis, podendo inclusive visar a salvaguarda as futuras gerações humanas.

## **2. A Criação da Pena**

A utilização da pena, arma mais danosa ao serviço do Estado, não se encontra na discricionariedade do legislador. De facto, face a danosidade implícita na sua aplicação, esta surge na decorrência da Política Criminal, com base nos factos conhecidos através da

---

<sup>21</sup> CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. a ed., 1983, p.71 *apud* Larenz, K., *Metodologia da ciência do Direito (tradução de José Lamego)*, 3.ª Edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1978. ISBN 972-31-0770-8. p.236

<sup>22</sup> DURKHEIM, Emelie - *Crime as a Normal Phenomenon in Crime and Justice – Volume I – The Criminal in society*, editado por Leon Radzinowicz e Marvin E. Wolfgang, Basic Books, Inc., Publishers, New York / London P.391 (tradução livre).

<sup>23</sup> Como seria o caso do banditismo e da *vendetta* na Córsega

<sup>24</sup> Tarde *apud* CUSSON, Maurice – *Criminologia*, Prefácio de Cândido da Agra e Tradução de Josefina Castro, 3.ª edição, Maio de 2011, CASA DAS LETRAS. ISBN 978-972-46-1620-9 P.88

<sup>25</sup> Já a perspectiva de Thornberry centrava-se nos processos evolutivos do comportamento. Assim, entendia que “o comportamento desviante resulta de um debilitado vínculo do indivíduo à sociedade convencional e às suas normas e valores, a par de um contexto social facilitador da aprendizagem de condutas anti-sociais e do respectivo reforço. Assim, os comportamentos desviantes, como é o caso do consumo de drogas, sofrem um desenvolvimento dinâmico ao longo da vida do indivíduo, obedecendo a um processo que resulta da fragilidade do vínculo social, que é, também e simultaneamente, resultante das condutas desviantes, como se de um ciclo fechado se tratasse”. Thornberry, 1996 *in* NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções*. Porto, Edições Universidade Fernando Pessoa, 2011, 192p. ISBN 978-989-643-081-8. P.42

<sup>26</sup> Sobota, Katarina. “Não mencione a norma!”. *Anuário do Mestrado em Direito*. N.1. Recife: UFPE. 1996. P259 *apud* BRANDÃO, Cláudio – *Tipicidade Penal...* (*op. cit.*). P.203

Criminologia, e atento o respeito pela Dogmática Jurídico-Penal, consolidando estes três – Política Criminal, Criminologia e Dogmática Jurídico-Penal – a ciência conjunta do Direito Penal.

## 2.1. A Política Criminal

Concebida a Política Criminal como um “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições”<sup>27</sup> (ou “o conjunto de princípios ético-individuais e ético-sociais que devem promover, orientar e controlar a luta contra a criminalidade”, como identifica Taipa de Carvalho)<sup>28</sup>, destaca-se v. Liszt como um dos principais impulsionadores da sua reivindicação e automatização. Na nossa opinião, ambas as definições deste conjunto de princípios norteadores da regulação penal/criminal se completam, pelo que aderimos à definição conjunta da Política Criminalidade ambos os autores, ou seja, como um “conjunto de princípios ético-individuais e ético sociais, fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve promover, orientar e controlar a luta contra a criminalidade, através da pena e das instituições”.

Face às relações existentes entre a ciência tradicional do Direito Penal e as novas ciências da Política Criminal e da Criminologia, tornou-se necessário estabelecer uma hierarquia. Assim, situava-se a dogmática jurídico-penal num “indisputado lugar” de primazia, enquanto que à Política Criminal e à Criminologia cabia a classificação de ciências auxiliares do Direito Penal.<sup>29</sup>

Entendia, pois, v. Liszt que o Direito Penal constituía a “barreira inultrapassável da Política Criminal”, sendo assim uma limitação ao exercício da Política Criminal e, como tal, uma proteção dos direitos individuais. Cabia assim à Política Criminal a função de, baseada na criminologia, ou seja, baseada nos conhecimentos obtidos através da análise

---

<sup>27</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro*, in Revista da Ordem dos advogados 43 (1983), p.7-8

<sup>28</sup> Taipa de Carvalho, Américo, *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais* apud Valente, Manuel Monteiro Guedes – “*Da política criminal – novas (ou velhas) tendências*”, in *Direito e Cidadania*, ano IV, n.º 20/21, Maio a Dezembro, Coimbra Editora 2004. P.139

<sup>29</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os novos rumos da política criminal...* (op. cit.). P.9

da realidade - naturalística e empírica, recomendar o legislador e assim propor reformas legislativas.<sup>30</sup>

No entanto, sendo do problema concreto de cada situação da vida que se há-de partir para a determinação da totalidade normativa; ou, na frase de Savigny, “*é agora como se este “caso” se tornasse no ponto de partida de toda a ciência, que a partir dele deveria ser alcançada*”, passou a Criminologia de ciência puramente explicativa para uma ciência crítica, deixando-se “*penetrar de valorações jurídico-políticas*”,<sup>31</sup> alterando-se a hierarquia vigente. A Política Criminal autonomizou-se, transcendendo sob as restantes ciências criminais, passando a definir os limites intransponíveis do direito punitivo, estabelecendo-se entre a Política Criminal e a dogmática jurídico-penal uma “*autêntica relação de unidade funcional*”. No entanto, almejando a Política Criminal as finalidades que lhe compete através do Direito Penal, deverá desde logo respeitar os seus princípios estruturais, passando, conforme Roxin explica<sup>32</sup>, o Direito Penal a consistir na “*forma através da qual as proposições de fins político-criminais se vazam no modus da validade jurídica.*”<sup>33</sup> Assim, à Política Criminal, como parte integrante do sistema jurídico-penal, “*impõem[-se]-lhe a função de “servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do constituendo, dos seus limites e da sua legitimação”.*”<sup>34</sup>

O Professor Figueiredo Dias identifica como questões base a responder pela política criminal primeiramente com o “*quê*” da punibilidade (extensão e limites da punibilidade e, conseqüentemente, a função do Direito Penal e a definição do comportamento criminal), explicando que “*uma Política Criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do Direito Penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem*”.<sup>35</sup> Submete-se assim toda a atividade do Estado à Constituição, da mesma forma

---

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> *Idem*, p.11

<sup>32</sup> C. Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1972, p.25 *apud*

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os novos rumos da política criminal...* (op. cit.). P.12

<sup>34</sup> DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal – Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*”, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1523-6. P.33

<sup>35</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os novos rumos da política criminal...* (op.cit.). P.13; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia...* (op. cit.). P.146; no mesmo sentido, Roxin: “*De esta manera, es posible salvar la tipicidad en una medida político-criminalmente razonable – sobre todo en los delitos imprudentes – de su enorme amplitud, limitando la punibilidad al ámbito de lo que parece indispensable desde el punto de vista preventivo general: la creación y realización de riesgos, que son insostenibles para la convivencia segura de las personas*” in



se submeterá à ordem dos bens jurídicos - verificando-se uma relação entre esta ordem Constitucional - constituindo a ordem de valores jurídico-constitucional o “*quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado*”.<sup>36</sup> Assim, após a ponderação sobre a necessidade de regulação, determinar-se-á qual o ramo de direito a aplicar, se o penal, se o contraordenacional, de forma a sancionar um certo comportamento ilícito ou antijurídico, ao qual será prescrita uma pena ou uma medida de segurança criminais, ou uma coima, respetivamente, sendo estes os instrumentos sancionatórios que determinarão a pertinência do ramo de direito.<sup>37</sup>

Materialmente, o Direito Penal (de justiça, principal), e o Direito Penal (administrativo, secundário, Contraordenacional) distinguem-se pelo facto de, apesar de ambos protegerem bens jurídicos ligados à ordem axiológica constitucionais, o primeiro encontrar-se vinculado ao seu carácter subsidiário, aplicando-se quando todos os outros, inclusive o segundo, não for apto a assegurar a proteção dos bens jurídicos através da norma legal e da regulação legislativa. Desta forma, e parafraseando o Professor de Coimbra Figueiredo Dias, “*os bens jurídicos do Direito Penal de justiça relacionam[-se] com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto os do Direito Penal secundário se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno-social, em comunidade e em dependência recíproca dela*”.<sup>38</sup>

Determinado o “*quê*”, cumpre decidir o “*se*” da punibilidade, isto é, da aplicação da pena.<sup>39</sup> De facto, conforme o Professor explica sobre a consequência jurídica do comportamento criminal: a pena, “*num Estado de Direito Material, de cariz social e democrático, a compreensão dos fundamentos, dos limites e do sentido da pena deve arrancar de uma concepção geral-preventiva integrada, ligada institucionalmente a uma pena da culpa, que deve ser executada num sentido predominante de socialização de delinquente*.”<sup>40 41</sup> Nesse sentido, elabora a terceira proposição, explicando que, inerente à ideia do Estado de Direito Material se encontra a obrigação de que a aplicação da pena não seja acompanhada pelo efeito estigmatizante.

---

ROXIN, Claus – *Política criminal y sistema del derecho penal*, Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2.ª edição, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, abril de 2000. Pp.128. ISBN: 950-741—086-4. P.8

<sup>36</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os novos rumos da política criminal...* (op.cit.) P.16

<sup>37</sup> DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal – Parte Geral, Tomo I...* (op. cit.). P.5

<sup>38</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os novos rumos da política criminal...* (op. cit.). P.17, 18

<sup>39</sup> *Idem*. P.24

<sup>40</sup> *Ibidem*

<sup>41</sup> Concepção especial – preventiva.

Relativamente aos limites e à extensão do Direito Penal, estes não dependem apenas da *essência* do comportamento, mas também na definição dos comportamentos pelas instâncias de controlo social.<sup>42 43</sup>

Foi assim com a criminologia dos anos 60 que a criminologia passou a ser entendida como uma ciência compreensiva do fenómeno criminal, assentando nas atuações jurídico-políticas, passando a abranger não só a investigação do facto (criminoso) e do agente (delinquente), mas também a “*totalidade do sistema de aplicação da justiça penal*”, ou seja, as instâncias formais e informais de controlo da delinquência, “*o inteiro “processo de produção” da delinquência*”<sup>44</sup> (tendo mais recentemente surgido a vítima como interveniente relevante no estudo do crime).

## 2.2 A Criminologia e a definição de crime.

A Criminologia desenvolveu-se numa tentativa de definir e compreender o conceito de crime, sente este analisado atualmente através do estudo de todo o seu circunstancialismo, designadamente autor, conduta, vítima e controlos sociais – formal e informal, tendo como objeto o estudo do crime.

Assim, enquanto que o Direito Penal “*ordena a realidade, a Criminologia conhece-a; enquanto que o Direito Penal interpreta as leis e a jurisprudência, a criminologia observa e experimenta.*”<sup>45</sup> Desta forma, a criminologia serve para “*iluminar, com a luz do conhecimento científico, as políticas criminais que tendem a prevenir a criminalidade e a regular a ordem social*”, sendo assim uma ciência pluridisciplinar reflexiva da penalidade.<sup>46</sup> Nas palavras do Professor Cândido de Agra, “a razão de ser da criminologia é tornar inteligíveis estes comportamentos [criminosos] e instituições; descrever, compreender e explorar de que é feito o fenómeno criminal.”<sup>47</sup> Para tanto, não pode ser aferido a nível individual, devendo ser explicada considerado toda a ordem social.

<sup>48 49</sup>

---

<sup>42</sup> Destacando-se, neste aspecto, a teoria do “*labeling approach*”, demonstrando que a criminalidade pode advir das consequências do estigma social.

<sup>43</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os novos rumos da política criminal...* (op. cit.). P.18

<sup>44</sup> DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal – Parte Geral, Tomo I...* (op. cit.). P.40

<sup>45</sup> CUSSON, Maurice – Criminologia, Prefácio de Cândido de Agra e Tradução de Josefina Castro, 3.<sup>a</sup> edição, Maio de 2011, CASA DAS LETRAS. ISBN 978-972-46-1620-9 P.10

<sup>46</sup> *Ibidem*

<sup>47</sup> CUSSON, Maurice – Criminologia... (op. cit.). P.13

<sup>48</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia... (op. cit.). . P.206

A Criminologia não se pode entender apenas como uma mera “*ciência de explicação do delito já consumado, uma ciência causal-explicativa,*” devendo alcançar a resposta mais adequada a solucionar o problema, face aos limites que são impostos à atividade do Estado. Isto porque, por vezes, “*os problemas criminais não são resolvidos devido às respostas destoantes dadas pelo sistema jurídico-penal.*” Em determinados casos, verifica-se o efeito inverso, agravando ou criando novos problemas com a atuação das políticas criminais.

Daí que a Criminologia tenha um carácter necessariamente empírico, excluindo “do discurso a mera especulação”, “*descrevendo, explicando e tornando o fenómeno inteligível*”,<sup>50</sup> impondo-se, desta forma à Criminologia descrever e explicar os comportamentos dos diversos atores sociais, atentas todas as condicionantes e todo o seu circunstancialismo<sup>51</sup>, definindo-se, no seguimento de Günter Kaiser, como o “*conjunto ordenado de saberes empíricos e de valorações críticas acerca do delito, do delinquente, do comportamento socialmente negativo e das suas instâncias (formais e informais) de controlo*”,<sup>52 53</sup>

Desta forma, apenas através do apoio da Criminologia será possível perceber o crime na sua íntegra, nomeadamente as suas causas e consequências.

### 2.3 O Direito Penal

De entre as várias manifestações da intervenção Estatal enquanto orientador das demais relações jurídicas – administrativa, civil, fiscal, *et alli* –, ou seja, de entre os ramos de direito, enquanto instrumento ao serviço dos fins da comunidade, destaca-se o Direito Penal.<sup>54</sup>

Nas palavras do Professor Faria Costa, “o *Direito Penal, tal como qualquer outro ramo do multiversum jurídico, nunca deixou de se transformar, alterando os seus*

---

<sup>49</sup> No entanto, numa sociedade de conflito caracterizada por uma pluralidade de ideologias, haverá indubitavelmente diferentes entendimentos sobre que condutas atuar, e em que termos. No entanto, podemos afirmar que “qualquer sociedade humana considera ilegal duas categorias de meios que os indivíduos utilizam para atingir os seus fins: a violência e a astúcia”, levando ao consenso quanto à criminalização de determinadas condutas, a título de exemplo o homicídio, a ofensa à integridade física, a fraude, a burla, o roubo e o furto in CUSSEON, Maurice – Criminologia... (op. cit.). P.19

<sup>50</sup> Idem. P.26

<sup>51</sup> Idem. P.25-26

<sup>52</sup> TORRÃO, Fernando – *Sociedade de Risco e Oportunidade, a intervenção penal entre a tentação de um modelo repressivo e os limites da proibição do excesso*, in Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, n.º 1 e 2, 2002, Coimbra editora, 2003. Pp.29-51. ISSN 0872-2495. P. 34

<sup>53</sup> Vide Nota 398

<sup>54</sup> ROXIN, Claus – *Política criminal y sistema del derecho penal...* (op. cit.). P.23

*conteúdos ao longo dos tempos, da mesma forma que não ficaram estáticos os modos de perspectivar e compreender o direito*".<sup>55</sup> Para que esta variação inerente ao carácter mutável do direito não se dissolva em formulações incoerentes e sem conteúdo prático, é necessário questionar a legitimidade estatal em determinado momento histórico.<sup>56</sup>

Esta mutabilidade necessária da ciência não é descabida. O direito, na sua função reguladora de relações jurídicas, fundamenta-se nas diversas ciências. Como tal, a relação jurídico-científica destaca-se de entre as práticas judiciais, consubstanciando o direito de punir uma *"justiça criminal que se reinscreve em sistemas não jurídicos e que é objeto de requalificação pelo saber"*.<sup>57</sup> Assim, e da mesma maneira que as demais ciências - nomeadamente psicologia e sociologia - bem como os fatores políticos, económicos e sociais - se modificam, igualmente se altera o entendimento das motivações que fundamentam a intervenção Estatal.

### 2.3.1 Os Princípios do Direito Penal

Tal como sucede no nosso ordenamento jurídico, e em qualquer outro ramo de direito, o Direito Penal é regido por inúmeros princípios fundamentais que determinam o *"se"* e *"como"* da sua aplicação, de entre os quais se destacam o princípio da legalidade, da proporcionalidade (e decorrentes destes o princípio da subsidiariedade, da adequação<sup>58</sup>, da necessidade e da proibição de excesso), o princípio da culpa e o princípio da eficácia.

O princípio da legalidade<sup>59</sup> - *nullum crimen sine lege* - determina que apenas pode ser criminalizado um comportamento quando haja uma lei que declare punível a ação ou a omissão de determinados fatos (tipo objetivo de ilícito), conforme previsto no art.29.º da Constituição da República Portuguesa e 1.º do Código Penal. Decorrente do princípio da legalidade está o princípio da tipicidade, sendo na tipicidade<sup>60</sup> que a teoria do crime tem o

---

<sup>55</sup> COSTA, José Francisco de Faria - *"O Perigo em Direito Penal"*, Coimbra Editora, 2000, p.179

<sup>56</sup> *Idem.* p.180

<sup>57</sup> Foucault - *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes, 1977, pp. 24-25

<sup>58</sup> Devendo constituir um meio idóneo a resolver o problema do evento em questão.

<sup>59</sup> Beccaria propõem a limitação ao *jus puniendi* e o primeiro dos princípios apresentados por ele é o princípio da legalidade, ali fundamentando na filosofia social do contratualismo, pois a lei seria a legítima expressão do contrato social e, assim, só ela poderia emitir os comandos penais" in BRANDÃO, Cláudio - *Tipicidade Penal...* (op. cit.). P.196

<sup>60</sup> "O tipo exerce, ao descrever e delimitar na lei, conceitual e abstratamente, o âmbito da conduta proibida, um limite inequívoco à intervenção penal. Pois bem, da referida limitação a intervenção penal (que, ressalte-se é uma exigência de um Estado Democrático de Direito), emerge intrinsecamente a conceituação de bem jurídico para ocupar um lugar de destaque: o bem jurídico está na matéria tipo enquanto objeto de proteção. Istos e dá porque a restrição do jus puniendi, parafraseando Mir Puig, supõe que o Direito Penal é um mal menor, que só é admissível na medida em que seja indispensável. (...) O Direito Penal é necessário quando o exigir a protecção dos bens jurídicos", in BRANDÃO, Cláudio - *Tipicidade Penal...* (op. cit.). P.114

seu primeiro elemento, seguindo-se a antijuridicidade e a culpabilidade – *nullum crimen sine culpa* – que representam em si uma limitação ao *jus puniendi*”<sup>61</sup>, consistindo a culpabilidade essencialmente num juízo de reprovação sobre o indivíduo, numa censura à sua conduta em face ao ordenamento jurídico-penal, tendo como objeto a formulação de um juízo censurável sobre o indivíduo.

Desta forma, no nosso ordenamento jurídico a culpa desenrola uma dupla limitação à aplicação do Direito Penal, determinando que não haja pena sem culpa, e que a medida da pena não ultrapasse a medida da culpa. De facto, “*a verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpa não é fundamento da pena, mas constitui o seu pressuposto necessário e o seu limite inultrapassável*”<sup>62</sup>. Em conformidade estão os n.ºs 1 e 2 do art.40.º do Código Penal, prevendo que – “*a aplicação de penas (...) visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade*”, e que, em termos absolutos, “*em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.*”

Mas a culpa, no sentido etimológico da palavra, nem sempre é perspectivada da mesma maneira. Assim, ao questionar a origem do sentimento de culpa individual, conforme explica Freud, concluímos que nos sentimos culpados “*quando agimos “mal” segundo os nossos próprios critérios.*”<sup>63</sup> <sup>64</sup>Numa sociedade de conflito, haverá (maior ou menor) desacordo entre quais as condutas a ser punidas e em que termos por entre a população em geral, é facto. No entanto, quando existe uma considerável percentagem de população que desacredita a necessidade de intervenção penal para evitar as consequências e a prática de determinados factos considerados “ilícitos”, estando inclusive o autor ausente do sentimento de culpa intrapessoal ou interno no cometimento de determinado facto ilícito, haverá uma consequente desacreditação da *eficácia* do sistema penal, originando um sentimento de insegurança e desacreditação no próprio sistema, consequência da falência dos sistemas de controlo social, e da “*perda de confiança dos cidadãos no próprio Estado como principal regulador da paz social.*”<sup>65</sup> É, pois, necessário que os indivíduos conheçam na íntegra e reconheçam o conteúdo material das normas penais, bem como objetivos pretendidos com a sua criação.

---

<sup>61</sup> BRANDÃO, Cláudio – Tipicidade Penal... (*op. cit.*). P.187

<sup>62</sup> DIAS, José de Figueiredo – “Direito Penal – Parte Geral, Tomo I... (*op. cit.*). P.82-83

<sup>63</sup> FREUD, Sigmund – O Mal-Estar na Civilização... (*op. cit.*). P.82

<sup>64</sup> No mesmo sentido Sellin, no sentido de os crimes praticados constituírem “gestos conformes a normas sociais distintas daquelas pelas quais são julgados in CUSSON, Maurice – Criminologia, ... (*op. cit.*). P.89-92

<sup>65</sup> CUSSON, Maurice – Criminologia... (*op. cit.*). P.7

Ora, considerando que a pena deverá ter como limite de aplicação o princípio da culpa, não podendo ser superior ao grau de culpa na prática da sua ação, ação essa idónea a lesar um bem jurídico pré-determinado, será ainda questionável a quota-parte daqueles que lesam bens jurídicos supra-individuais, como o ambiente ou a saúde pública, podendo-se afirmar que punem uns por todos face à cifra negra que se verifica devido à falência da aplicação da pena na sociedade e pela tolerância social do crime.<sup>66</sup>

Já o princípio da subsidiariedade, como decorrência do princípio da proporcionalidade, pressupõe que só “*deve ser aplicada uma pena como instrumento de tutela de bens jurídicos quando os outros instrumentos de controlo social, como o direito civil, o administrativo ou outras medidas de intervenção social se mostravam incapazes e insuficientes de tutelar esses bens jurídicos*”<sup>67</sup>. Será então aplicável a sanção criminal quando “*constituir o único instrumento adequado para garantir a tutela do bem jurídico*”. A indispensabilidade do recurso à pena consigna assim que este, conforme refere a Professora Anabela Rodrigues, “*deve realmente constituir o único instrumento adequado para garantir a tutela do bem jurídico*”<sup>68</sup>, sob pena de este princípio ser violado. Tal como refere o professor Figueiredo Dias, tal sucederá sempre que “*(...) a criminalização de certos comportamentos seja factor da prática de muitíssimas mais violações do que aquelas que se revela susceptível de evitar (...)*”.

Relativamente ao princípio *in dubio pro libertate*, este onera ao legislador penal um duplo ónus probatório, tendo este de provar o dano social e a indispensabilidade da aplicação da sanção criminal. “*(...) O legislador não pode estipular meios que atinjam direitos que não sejam adequados, nem necessários ou exigíveis e que não se situem numa justa e proporcionada medida para se alcançar a protecção de bens jurídicos*”<sup>69</sup>, sob pena de se verificar um excesso de protecção jurídica. Assim, além de ter de provar o dano social consequência do facto praticado e a indispensabilidade da tutela penal, “recai-lhe também o *onus probandi* de que a tutela penal é eficaz, ou seja, recai-lhe o ónus da prova

---

<sup>66</sup> “Capacidade para absorver determinadas taxas de criminalidade (...) [sendo] cada vez maior quanto menor for a correspondência entre as normas legais e as representações axiológicas da comunidade em geral ou de certas formações subculturais” – DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia* – ... (op. cit.).

<sup>67</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga – Reflexões sobre o Quadro Legal*, Almedina, 2014, 4ª edição, p.33

<sup>68</sup> Anabela M. Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga...* op.cit. p.34

<sup>69</sup> Anabela M. Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga* – ... op.cit. p.40

da eficácia - princípio da eficácia<sup>70</sup>, que é exigida pelo princípio da subsidiariedade (necessidade de intervenção penal) e pela dignidade penal da lesão (a ofensa ao bem é digna da tutela penal)<sup>71 72</sup>.

Este princípio não é condição absoluta e única para a criminalização ou descriminalização de uma conduta desviante. É, no entanto, condição necessária, cabendo ao Estado o “*ónus de otimizar os resultados*” através dos mecanismos de que dispõe.<sup>73</sup>

Desta forma, além da validade, a norma jurídico-penal tem como pressuposto a eficácia, sendo este aspeto decisivo na resolução de conflitos de legalidade. De facto, a validade da norma não garante a sua legitimidade, mas apenas uma *pretensão de legitimidade*, demonstrando os movimentos de criminalização e descriminalização inerentes à mutabilidade do Direito que o Direito Penal não é completamente eficaz a atingir os seus objetivos (preventivos).<sup>74</sup>

O Direito Penal deve assim “*fundamentar a sua intervenção na garantia de que assegurará a protecção eficaz e necessária de bens jurídicos que são indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa e ao funcionamento das sociedades democráticas organizadas*”<sup>75</sup>, abstendo-se, como já mencionado, de fundamentar a intervenção penal com valores morais.<sup>76</sup>

Posto isto, “qualquer decisão pela intervenção ou não intervenção do Direito Penal impõem a análise dos seus princípios inspiradores.”<sup>77 78</sup>

---

<sup>70</sup> “(...) à norma não bastava que fosse válida, tinha de ser eficaz. Validade e eficácia confundiam-se em uma unidade de sentido, agora sim, profundamente funcional, mas que dizia respeito, na visão de Kelsen, a diferentes fenómenos.” In COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”... (op.cit..) P.99

<sup>71</sup> Anabela M. Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 apud VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga...* (op.cit.). P.35

<sup>72</sup> Como refere Brandão, “*Se a violência da pena for aplicada dentro de parâmetros de proporcionalidade (legalidade, culpabilidade etc.), de modo que se respeite a dita Dignidade da Pessoa Humana, estar-se-á ante a um Estado Democrático. Deste modo, não se pode desvincular o Direito Penal de um duplo viés: a aplicação e a interpretação constitucional. O primeiro viés – aplicação constitucional – condiciona o objeto do Direito Penal, o segundo – interpretação constitucional, o método*” in BRANDÃO, Cláudio – *Tipicidade Penal...* (op. cit.). P.224

<sup>73</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol.III, Coimbra Editora, Janeiro de 2009, ISBN 978-972-32-1671-4.p.159

<sup>74</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000. P.233

<sup>75</sup> Quintas, Jorge. *Regulação Legal do Consumo de Drogas - Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização*. Porto: Fronteira do Coes Editores, 2011. P.54

<sup>76</sup> “Não é função do Direito Penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral do Estado, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social. Para isso não está legitimado o Direito Penal, como ordem terrena que tem de respeitar a liberdade de consciência de cada um (art. 41.º CRP) e só pode valer como “uma triste *necessidade*” num mundo de seres imperfeitos.” In DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal – Parte Geral, Tomo I...* (op. cit.). P.112

<sup>77</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga...* (op. cit.). p.48-49

<sup>78</sup> Princípios da *subsidiariedade* – ampla ou indispensabilidade e restritiva ou fragmentariedade -, *proporcionalidade em sentido amplo* - adequação, necessidade ou exigibilidade, e *proporcionalidade strictu sensu* -, vinculação à certeza ou *in dubio pro libertate* – prova da danosidade social e da tutela penal indispensável – *eficácia*, e, como se irá explicar, ainda a verificação do princípio da *carência da tutela penal*.”

Não é surpresa que as leis penais nem sempre sejam efetivas na diminuição da prática de determinadas condutas, sendo que, não punindo a lei a ocorrência de determinado facto, será ineficaz.<sup>79</sup> Como Sutherland salientou quanto à criminalização e a sua eficácia, *“as leis têm-se acumulado pelo facto de os valores se encontrarem fracos e inconsistentes; e porque as leis não têm o suporte dos valores, têm sido relativamente ineficazes como meio de controlo. Quando os valores são adequados, as leis são desnecessárias; quando os valores são inadequados, as leis são ineficazes.”*<sup>80</sup>

Tendo em consideração que a sanção criminal, mormente a privativa de liberdade, consubstancia uma *“necessária consequência de um mal infligido a outrem ou à sociedade”*,<sup>81</sup> e que *“se o crime representa uma violência, a reação do Estado a estas ações também representa uma violência. Isto porque, materialmente, tanto uma quanto a outra trazem como consequência a violação de bens jurídicos, que se identificam em qualquer caso com direitos fundamentais”*<sup>82</sup>, afigura-se necessário, com o apoio das diversas ciências, valorizar os *prós e contras* da intervenção penal, considerando que esta apenas será legítima quando indispensável para assegurar a proteção de terceiros e da comunidade enquanto tal.<sup>83</sup>

Reitere-se que, para uma exata e eficaz aplicação das leis penais aos casos individuais, são necessários conhecimentos científicos especiais, não só de direito, mas também das mais variadas áreas que estudam o indivíduo e a sociedade, como a de antropologia, psicologia, medicina legal e psiquiatria<sup>84</sup>, conhecimentos esses que, nos termos supra mencionados, irão determinar e fundamentar as opções das diversas políticas criminais.

Vivemos, pois, num Estado em que *“o interrogar verdadeiro sobre a legitimação pressupõem inapelavelmente interrogações que passam pelo sentido do formal e do legítimo”*.<sup>85</sup>

Questionada a origem da legitimidade Estatal, torna-se necessário questionar os motivos institucionais, de *“ponderação valorativa, de dogmática definição rigorosa e de*

---

<sup>79</sup> Crime and Justice – Volume I – The Criminal in society... (op. cit.). P.54

<sup>80</sup> *Ibidem*. (tradução livre pelo autor)

<sup>81</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de Droga ... (op. cit.). p.29

<sup>82</sup> BRANDÃO, Cláudio – Tipicidade Penal... (op. cit.). P.218-219

<sup>83</sup> DIAS, José de Figueiredo – “Direito Penal – Parte Geral, Tomo I... (op. cit.). P.123

<sup>84</sup> O que dificulta o trabalho dos diversos intervenientes na aplicação da lei.

POIARES, Carlos Alberto, Análise Psicocriminal das Drogas – O Discurso do Legislador, Almeida, Leitão Lda., Porto, 1998. p.63.

<sup>85</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “O Perigo em Direito Penal”, Coimbra Editora, 2000, p-22



*técnica legislativa que levaram o legislador a optar pela criminalização (ou não) de determinadas condutas”*<sup>86</sup>

### 2.3.2 As Finalidades da Pena

Mas qual o objetivo da privação da liberdade individual?

No Antigo Regime, a finalidade da pena criminal concretizava-se nas Teorias Absolutas, que entendiam a pena como um instrumento de retribuição, constituindo a pena o “*justo equivalente* do dano e da culpa do agente. (...) pune-se porque se “pecou” - *punitur quia peccatum est*”<sup>87</sup>, e tendo assim a pena criminal como objeto a compensação do mal provocado pelo crime e nos termos proporcionalmente retributivos.

A violência decorrente da intervenção estatal seria, nas palavras de Maurice Cusson, “*maioritariamente solidária e vindicativa. Justiça significava igualdade, igualdade essa entendida na acepção de proporção – o acto próprio da Justiça consistia em dar a cada um o que lhe é devido*”<sup>88</sup> Assim, o justo prevaleceria sobre o útil, tendo a justiça a “utilidade de pacificar a família da vítima e prevenir a vingança em cadeia”, as festas punitivas constituíam “*exibições de poder*”, ficando a reabilitação a cargo da alma.<sup>89</sup>

Já no período das Luzes, na segunda metade do Séc. XVIII preconizava-se a defesa das liberdades contra os excessos do Estado. “*“Arbitrário” torna-se um termo pejorativo. Considera-se [então] essencial lançar as bases intelectuais de uma ordem política que proporcionaria a felicidade à maioria*”<sup>90</sup> Assim, e com base na Razão, instrumento utilizado pelos pensadores dessa época, “*um ato só pode ser considerado “bom” ou “justo” se for, em primeiro lugar, útil, isto é, se contribuir para a felicidade da maioria*”.<sup>91</sup> Como aspeto fundamental, destacam-se as finalidades das penas, devendo ser criminalizados apenas atos que “*produzem “inutilidade”, e não as meras faltas morais*”, atendendo-se à fórmula crime-dano da criminalização e o *quantum* da sua necessidade.<sup>92</sup> Assim, na determinação da aplicação das penas e seus termos desenvolveu-se a *Teoria da Dissuasão*, constituída por três proposições: a) as penas moderadas e certas são as mais eficazes do que os castigos terríveis; b) a probabilidade de aplicação da pena varia na razão

---

<sup>86</sup> *Idem* p.180

<sup>87</sup> DIAS, José de Figueiredo – “Direito Penal – Parte Geral, Tomo I... (op. cit.). P.45

<sup>88</sup> CUSSON, Maurice – Criminologia, ... (op. cit.). 38

<sup>89</sup> *Idem*. P.39-41

<sup>90</sup> *Idem*. P.43-44

<sup>91</sup> *Idem*. P.44

<sup>92</sup> *Idem*. P.46-50

inversa do excesso de severidade<sup>93</sup>; c) a Sanção penal era apenas um meio, entre outros, de incitar os cidadãos a comportarem-se bem.<sup>94</sup> Já na determinação da pena, predominavam os princípios de proporcionalidade (em termos utilitários, opondo-se ao carácter retributivo da pena) e de legalidade.<sup>95</sup>

Atualmente, resultado da evolução civilizacional – no que concerne nomeadamente em termos sócio humanitários, a pena criminal tem natureza preventiva, seja de prevenção geral positiva de integração ou negativa de intimidação, seja de prevenção especial positiva de (re)socialização ou negativa de neutralização,<sup>96</sup> prevalecendo as perspetivas positivistas em detrimento das negativas, sendo, no entanto, inegável a presença das segundas. No entanto, estudos não faltam sobre a pena e a sua ineficácia na prossecução dos seus objetivos preventivos, nomeadamente (re)socializadores, o que, como refere Foucault, transforma o sistema prisional – e, conseqüentemente, o sistema penal, numa fábrica de delinquência.<sup>97</sup>

### 2.3.3 Teoria do Bem Jurídico e o critério da necessidade

No que concerne a decisão da aplicação da pena criminal por parte do legislador, é *condition sine qua non* uma análise exaustiva à respetiva conduta e seus aspetos fundamentais, visando-se verificar a (in)existência de uma “*dignidade de intervenção por parte do Estado, através da intervenção do sistema jurídico-penal.*” Neste sentido surge o estudo dos bens jurídicos, atentando aos princípios essenciais da danosidade, da proporcionalidade, ofensividade, entre outras, culminando busca pela aplicação adequada e eficaz do ramo de Direito Penal.

O bem-jurídico é, pois, o cerne da origem da legitimidade estatal. Tal como a sociedade e o direito, também a conceção do bem jurídico fora doutrinado de distintas maneiras. Atento o positivismo normativo de Binding, “*se a norma se extrai do tipo penal, e o tipo penal é criação do legislador, em última instância o bem jurídico consubstancia criação do legislador.*” Nestes termos, o bem jurídico violado com a conduta típica ilícita

<sup>93</sup> A título de exemplo, em Inglaterra, “apenas 12% dos acusados de homicídio eram condenados” devido à pena ser o enforcamento e os jurados não entenderem merecerem tal. A este fenómeno deu-se o nome de “efeito Montesquieu – quando a pena é desmesurada, é-se frequentemente obrigado a preferir-lhe a impunidade” in CUSSON, Maurice – Criminologia... (op. cit.). P.47

<sup>94</sup> Beccaria apud CUSSON, Maurice – Criminologia... (op. cit.). P.47

<sup>95</sup> Já Nas palavras de Beccaria, “Somente as leis podem determinar as penas correspondentes aos delitos”, in Beccaria apud CUSSON, Maurice – Criminologia... (op. cit.). P.51

<sup>96</sup> DIAS, José de Figueiredo – “Direito Penal – Parte Geral... (op. cit.). P.78

<sup>97</sup> Michel Foucault, *Vigiar e Punir: nascimento da prisão ... (op. cit.).P.283*

não pré-existiria a norma, confinando o bem jurídico à sua identificação e prevenção através da norma, afastando-se da ideia de *bem garantido pelo direito através do Estado*.<sup>98</sup> Já no positivismo sociológico de Von Liszt, ao legislador cabia identificar e valorar o bem jurídico. Assim, o “*conteúdo material do ilícito não é criado pela norma, mas é criado pela vida e “encontrado” pelo legislador, sendo revelada a antissocialidade da conduta antijurídica.*” Desta forma, o ilícito material pré-existe a atividade do legislador; logo, a antijuridicidade formal é a lei penal, e cabe ao legislador formalizar a lei (o que já é antijurídico, ou materialmente ilícito).<sup>99</sup>

Já na construção do bem jurídico a partir do Neokantismo, o direito é tido como uma “ciência cultural”, sendo assim a cultura fundamental para desenvolver a teoria do delito.<sup>100</sup> Já Edmund Mezger, definiu o bem jurídico como valor objetivo protegido pela lei penal.<sup>101</sup> O conteúdo material do injusto seria assim “*a lesão ou exposição ao perigo do bem jurídico, que é objeto da proteção do direito, através da lei penal.*”<sup>102</sup> A noção do bem jurídico, considerado fundamental por uma concreta sociedade, será assim uma noção cultural, e como tal mutável, sujeita às contingências sociais e civilizacionais. “*Todos os tipos de delitos, se centram em torno de um ou vários bens jurídicos... oferecendo estes o critério decisivo para a formação de grupo de tipos*”<sup>103</sup>

Posto isto, e em suma, na famosa fórmula do Professor Figueiredo Dias, o bem jurídico consiste na “*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integração de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valiosos*”<sup>104</sup>

Este existirá “*onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal*”, devendo a reação jurídico-penal/ordem legal corresponder em *sentido e finalidade* com a “*ordem axiológica jurídico-constitucional.*”<sup>105</sup>,

---

<sup>98</sup> Birnbaum, Johann Michael Franz. “Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe der Verbrechen”. Archiv des Criminalrechts. Halle: Schwetschte and Sohn, 1934. P.177 *apud* BRANDÃO, Cláudio – Tipicidade Penal... (*op. cit.*). P.129

<sup>99</sup> Birnbaum, Johann Michael Franz. “Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe der Verbrechen”. Archiv des Criminalrechts. Halle: Schwetschte and Sohn, 1934.*apud* BRANDÃO, Cláudio – Tipicidade Penal... (*op. cit.*). P.133ss

<sup>100</sup> BRANDÃO, Cláudio – Tipicidade Penal... (*op. cit.*). P.37ss

<sup>101</sup> Mezger, Edmund. *Starrrech.* Berlin u. Munchen: Duncker u. Humblot. 1949. P.200 *apud* BRANDÃO, Cláudio – Tipicidade Penal... (*op. cit.*). P.136

<sup>102</sup> BRANDÃO, Cláudio – Tipicidade Penal... (*op. cit.*). P.137ss

<sup>103</sup> *in Jescheck*, Tratado de Derecho Penal, vol. I., pág. 352-353, Edit Bosh p.350 *apud* LOBO, Fernandes Gama, Droga – Legislação, 2ª edição, Quid Iuris, 2010. P.686. ISBN 978-972-724-508-6. P.43

<sup>104</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – ... (*op. cit.*). P.146

<sup>105</sup> DIAS, José de Figueiredo – “Direito Penal – Parte Geral, Tomo I... (*op. cit.*). P.120

de maneira a que os bens jurídicos adquiram dignidade jurídico-penal. No entanto, face à violação dos bens jurídicos através da aplicação de uma sanção penal, será necessário ter em especial consideração o critério da necessidade de tutela penal. Na ausência do bem jurídico a proteger, excluir-se-ia a tipicidade, por falta de antijuridicidade material. Na ausência de dano relevante no bem jurídico, conforme explica Zaffaroni através do princípio da insignificância, devendo estas condutas considerar-se atípicas, consubstanciando uma “*afetação insignificante ao bem jurídico*.”<sup>106</sup>

Assim, assente a ideia de que “*o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal (...), a esta noção tem de acrescer ainda um qualquer outro critério que torne a criminalização legítima*”.<sup>107</sup> Neste sentido, consagra a Constituição da República Portuguesa no n.º 2 do art.18.º o princípio da *necessidade ou carência de tutela penal*.<sup>108</sup>, princípio este que preconiza os princípios da subsidiariedade e da eficácia como critérios coordenadores na definição do bem jurídico.<sup>109 110</sup>

É ainda na sequência deste princípio que resulta como característica intrínseca do Direito Penal a sua natureza de *ultima ratio*. Como ensina o Professor Figueiredo dias, “*A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acção o Direito Penal constitui, na verdade, a ultima ratio, da política social, sendo a sua intervenção de natureza subsidiária*.”<sup>111</sup>

<sup>106</sup> Birnbaum, Johann Michael Franz. “Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe der Verbrechen”. Archiv des Criminalrechts. Halle: Schwetschte and Sohn, 1934. *apud* BRANDÃO, Cláudio – Tipicidade Penal... (*op. cit.*). P.136

<sup>107</sup> DIAS, José de Figueiredo – “Direito Penal – Parte Geral, Tomo I... (*op. cit.*). P.127

<sup>108</sup> “2 - A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

<sup>109</sup> Anabela M. Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga ...* (*op. cit.*). P.32

<sup>110</sup> Relativamente à aplicação do Direito Penal ao serviço da protecção de bens jurídicos, a discussão doutrinária vai conduzindo a três distintas posições, a a) concepção puramente *antropocêntrica dos bens jurídicos*, determinando que o Direito Penal se deveria abster de intervir na sociedade de risco, com o pressuposto de que a protecção de valores de conteúdo abstracto e impreciso são objecto de outras áreas jurídicas – v.g. *direito administrativo*, a b) concepção puramente *ecocêntrica* de bem jurídico, que encarava a protecção de valores abstractos e difusos como “um fim em si mesmo”, sendo desta forma merecedores de tutela jurídico-penal, punindo-se através do ramo de Direito Penal as meras “*perturbações no funcionamento da organização ou da mera perturbação da confiança no funcionamento da organização*”, e a c) posição intermédia, designadas *ecológico-antropocéntricas*, que admitem a protecção de valores abstractos, difusos e imprecisos, na medida que esteja em causa a *protecção do ser humano*. In TORRÃO, Fernando – *Sociedade de Risco e Oportunidade, a intervenção penal...* (*op. cit.*). P. 31

<sup>111</sup> Ambos o princípio da necessidade e a natureza de *ultima ratio* da intervenção penal são decorrência do princípio jurídico-constitucional da *proporcionalidade em sentido amplo*.

Tendo em consideração o princípio da subsidiariedade e a natureza de *ultima ratio*, este só poderá intervir, como já referido, quando “*todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não-penal, se revelam insuficientes ou inadequados*”, sob pena de se violar o princípio da proporcionalidade, da subsidiariedade e a proibição de excesso. Assim, quando qualquer outro ramo de direito for suficiente para tutelar os bens jurídicos, bem como quando a intervenção do Direito Penal se demonstrar inadequado ao censurar determinadas condutas, tornando os factos mais danosos do que deveriam e poderiam ser, deverá ser esse o ramo ao qual é confiado a missão de tutelar esse mesmo bem jurídico.

Da mesma forma entende atualmente a Jurisprudência, determinando que “*o Direito Penal só deve intervir quando a tutela conferida pelos outros ramos do ordenamento jurídico não for suficientemente eficaz para acautelar a manutenção desses bens considerados vitais ou fundamentais à existência do próprio Estado e da sociedade.*”<sup>112</sup> Mas não se pense que a tutela subsidiária de bens jurídicos se limita à efetiva lesão do bem jurídico. Em determinadas circunstâncias, o legislador antecipa a tutela pena – criminaliza condutas cujo tipo legal não pressupõe a lesão do bem jurídico, mas a “*mera colocação do bem jurídico protegido: crimes de perigo concreto e de perigo abstracto*”. Nestes últimos, o perigo não constitui elemento do tipo, mas “*somente motivo de proibição penal*”, admitindo-se esta criminalização pelo facto de que, “*para controlo das fontes dos novos riscos tornam-se indispensáveis normas de comportamento cuja violação, nos casos mais graves, exige uma punição penal*”<sup>113 114</sup>

Relativamente ao titular do bem jurídico, este pode ser um indivíduo, como um conjunto de indivíduos ou uma entidade coletiva ou abstrata. Quanto aos bens jurídicos propriamente ditos, estes poderão igualmente ser individuais ou coletivos, consoante vise e esteja na disponibilidade do indivíduo, ou vise e esteja na disponibilidade da comunidade. Estes últimos constituem autênticos “*bens jurídicos sociais, comunitários, universais, e colectivos*”, cuja proteção através do Direito Penal é legítima face à sua presença na Constituição da República Portuguesa, e porque se entendem relevantes face aos valores e

---

<sup>112</sup> Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 586/05.3TAACB- C1, de 24/06/2009, com Relator Isabel Valongo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030eal61802568d9005cd5bb/642c7e9fe1082235802575f200350792?OpenDocument>

<sup>113</sup> DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal – Parte Geral, Tomo I ... (op. cit.)*.. P.146

<sup>114</sup> Como refere Anabela Miranda Rodrigues, “*Aos “novos riscos” e para a protecção dos “novos direitos”, o Estado, “quebrado o voto” de solidariedade em que se cimentava o pacto social e desobrigado da realização de políticas sociais, responde com o que imediatamente satisfaz a “nova segurança” exigida: o Direito Penal*”.

interesses económicos, culturais e ecológicos -, e necessária, porquanto “*de um ponto de vista de prevenção geral negativa, (...) será razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo de modo a promover a obediência [/conformidade] à norma*”, não descurando a prevenção geral positiva geral, reforçando a obediência e à confiança dos cidadãos na norma legal.<sup>115</sup>

Posto isto, podemos afirmar que o Direito Penal e o seu exercício pelo Estado se fundamentam na “necessidade estatal (*hoc sensu*, contratualista social) de subtrair à disponibilidade de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos, liberdades e garantias indispensáveis ao funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais;<sup>116</sup> e a permitir a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto indivíduo e enquanto membro da comunidade”<sup>117</sup>, almejando a “*preservação das condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade*”. Pelo que o Estado só deve tomar de cada pessoa o “*mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade*”<sup>118</sup>, consubstanciando assim o bem-jurídico “*o ponto de partida e a ideia que preside à elaboração do tipo*”.<sup>119</sup> Desta forma, o “*Direito Penal tem que visar a solução de verdadeiros e reais problemas que o direito e a comunidade suscitam*”.<sup>120</sup>

Face à análise do bem jurídico e seus princípios inerentes, é seguro afirmar que, e parafraseando o Professor Costa Andrade, “*a legitimidade de Direito Penal está dependente de, na sua essência, residir o fim teleológico de “servir valores ou metas inerentes ao sistema social e não fins transcendentais de índole religiosa, metafísica, moralista ou ideológica*”<sup>121</sup>. No mesmo sentido Anabela Rodrigues, afirmando que o Direito Penal tem a função de “*preservar as condições essenciais a uma pacífica*

---

<sup>115</sup> DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal ... (op. cit.)*”. P.149

<sup>116</sup> “(...) a legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como unicamente advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores, mas tem de ser coadada por critérios funcionais de *necessidade (e de consequente utilidade) social*” in DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal – Parte Geral, Tomo I ... (op. cit.)*”. P.31

<sup>117</sup> *Idem*. P.78

<sup>118</sup> *Idem*. P.123

<sup>119</sup> in Jescheck, Tratado de Derecho Penal, vol. I., pág. 352-353, Edit Bosh p.350 *apud* LOBO, Fernandes Gama, Droga – Legislação... (op. cit.). P.43

<sup>120</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.180

<sup>121</sup> Manuel de Costa Andrade, “*A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime*”, in RPCC, 2º fascículo, 1992) *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de Droga... (op. cit.). p.30

*convivência dos indivíduos – cidadãos*”, afastando-se da sua função conceções puramente morais.<sup>122</sup>

Em conformidade com o sobredito, consagra o já mencionado n.º2 do Art.18.º da Constituição da República Portuguesa o princípio da necessidade da pena, da proporcionalidade ou da proibição de excesso, vinculando o princípio da consequência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal como critério que legitima a intervenção penal. Desta forma permite-se a concretização dos bens jurídicos possíveis de tutela penal<sup>123</sup>, indo ao encontro da afirmação de Sax, de que, antes de mais, *“os bens jurídico penal fundamentam-se na “concretização de ordem de valores jurídico-constitucionais”*.<sup>124</sup>

Assim, temos a proteção dos bens jurídicos através do ramo de Direito Penal quando, tal proteção respeitar os normativos constitucionais, for necessário para assegurar a sua proteção, o dano relevante justificar intervenção penal, e a sua atuação respeitar os princípios do Direito Penal supra expostos.

## **2.4 Exemplos controversos no ordenamento jurídico-penal**

Relativamente ao crime de Consumo e Tráfico das substâncias compreendidas nas tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, p. e p. nesse mesmo Decreto-Lei, têm a peculiaridade de consubstanciar duas categorias discutíveis no nosso ordenamento jurídico, um face às lesões advindas da prática de determinada conduta criminalizada, e outro face à vítima da prática dos fatos e o seu consentimento: a) os crimes de perigo abstrato; e b) os crimes sem vítimas, respetivamente, de maneira que consideramos o seu (breve) desenvolvimento necessário para compreender parte da origem dos males associados à droga.

### **2.4.1 Os Crimes de Perigo**

*“Os crimes de perigo, através da complexa construção que os segura, enquanto realidades normativas, desafiam a dogmática penal,*

---

<sup>122</sup> Anabela M. Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga ... (op. cit.)*. p.31-32

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

*porque requerem tratamento jurídico-dogmático que se não desenvolva estritamente em axiomática dedução, mas antes em fecunda discursividade hermenêutica”*<sup>125</sup>

A tutela subsidiária de bens jurídicos não atinge os seus limites legítimos na efetiva lesão a um bem jurídico – (v.g. crimes de dano). Em determinadas circunstâncias, o legislador antecipa a tutela penal, criando para o efeito crimes (tipos-ilícitos), cuja realização ou verificação do tipo não pressupõe a lesão, mas sim a mera perigosidade criada sob o bem jurídico protegido. Desta forma, ao consagrar-se como conduta penalmente proibida (e sancionada) uma conduta cuja realização “apenas” gera perigo para um bem jurídico, aumenta-se a proteção, ou a tutela, do Direito Penal e, conseqüentemente aumenta-se o alcance do *jus puniendi*, correspondendo esta precisa atividade a uma “*clara e nítida opção legislativa.*”<sup>126 127</sup> Assim sucede na prática de tais condutas que colocam em perigo a ordem social e institucional de modo a revelar a necessidade de reação por parte do Estado, com vista a alcançar um *equilíbrio sustentável* no que concerne o respeito pelos bens jurídicos a proteger de ambas as partes – Indivíduo e Estado, suscitando a proteção destes bens jurídicos abstratos ainda mais problemas na concretização do dano.<sup>128</sup> Estes possíveis danos podem ser, quer concretos, quer abstratos (ou presumidos<sup>129 130</sup>). Desta forma, são os crimes de perigo um crime formal relativamente ao resultado final que visa prevenir, e um crime material relativamente ao fato, ou seja, ao tipo objetivo.<sup>131</sup>

Ora, quando falamos na criminalização de condutas perigosas, de crimes de perigo, referimo-nos à criminalização de condutas que colocam um concreto e determinado bem jurídico (ou vários) em perigo – o “*pôr em perigo*”<sup>132</sup>, bem como de condutas que potencializam a perigosidade existente sob o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal - o “*cuidado-de-perigo*”. Com esta criminalização “*o legislador quer, sem dúvida, proteger um determinado bem jurídico, e pode fazê-lo, com base no pressuposto de que o pôr-em-*

<sup>125</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.568-569

<sup>126</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.573

<sup>127</sup> O Professor Faria Costa entende que os bens jurídicos colectivos da paz jurídica desempenha um papel tão agregador que (...) desagregam, (...) em meros significantes de vaguíssimas referências axiológicas, desprovidas de conteúdo”.

<sup>128</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro, Lições de Direito Penal – Parte Geral I, a Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, Reimpressão da 4.ª edição, Edições Almedina, SA, Maio 2010. ISBN 978-972-40-4205-3.P.140.

<sup>129</sup> SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, Teoria do Crime... (*op. cit.*). P.35

<sup>130</sup> Ou, como a doutrina alemã denomina, de “mera atividade” in FERREIRA, Manuel Cavaleiro, Lições de Direito ... (*op. cit.*). P.144

<sup>131</sup> CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, vol. I, Edições Almedina S.A., Janeiro, 2014. ISBN 978-972-40-0123-4. P.288

<sup>132</sup> Sendo a concreta proibição do pôr-em-perigo específicos bens jurídicos “[...] a transposição mais “directa” para a normatividade penal da primeira relação de cuidados-de-perigo”.



*perigo seja elemento bastante para justificar uma pena criminal*”<sup>133</sup>, considerando que a incriminação do tipo perigoso seja necessária, a mais adequada, e que tenha por função a proteção de um concreto bem jurídico. Ora, nos crimes de perigo abstrato apenas será considerado o tipo subjetivo (dolo/negligência) sobre a potencialização do perigo, ou seja, a criminalização destes crimes de perigo abstrato tem como pressuposto que a verificação da conduta tipificada possa aumentar a probabilidade de determinada condição perigosa poder vir a suceder e, a suceder o perigo, poderá efetivamente provocar um qualquer dano a um qualquer bem jurídico concreto. Conforme explica Manuel Cavaleira, a probabilidade do dano não pode ser um “*mero juízo subjectivo*”, devendo ser uma probabilidade com resultados próximos da realidade, e de danos reais.<sup>134</sup> No entanto, como refere ainda o mesmo autor, esta categoria de crimes apresenta grandes dificuldades relativamente à estrutura do dolo de perigo.<sup>135</sup>

Através desta atuação - antecessora e preventiva sobre do concreto dano - tanto o pôr em perigo como o cuidado-de-perigo vêm colmatar a necessidade de tutela, através da “*tutela antecipada dos direitos subjectivos.*”<sup>136</sup> Tudo isto, com o fundamento de que, “*para controlo das fontes dos novos riscos tornam-se indispensáveis normas de comportamento cuja violação, nos casos mas graves, exige uma punição penal*”.<sup>137</sup>

São estes novos riscos, consequência inevitável da globalização verificada nas últimas décadas, que muito motivaram a criação destes tipos legais. Num mundo cada vez mais pequeno, mais próximo, e mais desenvolvido, surgem novas incriminações com vista à proteção de bens jurídicos, bem como novos bens jurídicos resultado de novas consciencializações humanas, mormente coletivos (v.g. ambiente, saúde pública). Isto porque, numa sociedade em que as tragédias e as condutas criminosas proliferam nos meios de comunicação, a informação chega ao conhecimento do cidadão em tempo quase que imediato, criando um sentimento de proximidade para com o risco. O que implica que, por menos gravoso que seja na sociedade atual, comparando com o que sucedia em períodos temporais anteriores, os danos causados por determinadas condutas poderão ter menores repercussões, mas no entanto estarão mais presentes nos cidadãos das sociedades contemporâneas. De facto, como explica Anabela Rodrigues, o crime adapta-se às diversas formas de socialização, levando a que entre sociedade global e crime se desenvolva uma

<sup>133</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.623

<sup>134</sup> *Idem.* P.141

<sup>135</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro, Lições de Direito Penal... (*op. cit.*) P. 146

<sup>136</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.364

<sup>137</sup> DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal – Parte Geral, Tomo I...* (*op. cit.*) P.146

nova criminalidade, adaptada às novas formas de socialização, num cenário marcado pela criminalidade e pelo medo da criminalidade, onde a criminalidade se encontra em toda a parte.<sup>138 139 140</sup>

Ora, como ensina o Professor Faria Costa, a noção jurídico-legal de perigo é “*estruturalmente relacional*”. Ou seja, “não há o *perigo*, como categoria a *se*; há, isso sim, o *perigo para com*.” Como tal, o perigo só releva aquando da *ameaça* de um ou vários bens jurídicos pré-determinados. Estaremos assim perante uma “*situação perigosa*” para com um concreto bem jurídico quando a sua verificação implicar a destruição ou diminuição das suas utilidades.<sup>141 142</sup>

Desta forma, a análise do estudo das probabilidades da verificação do dano efetivamente causado como consequência da conduta perigosa ou de um perigo cuja realização se pretenda evitar será *conditio sine qua non* da criação e aplicação de um novo tipo penal, entendendo-se ser os elementos essenciais do perigo no Direito Penal a probabilidade de verificação do tipo perigoso e o carácter danoso da sua verificação.<sup>143</sup>

Relativamente, à probabilidade da verificação do tipo perigoso, explica o Professor Faria Costa que “*não é pelo facto de o perigo – enquanto (...) substantivação de uma situação perigosa – arrastar consigo uma certa indeterminação que ele não pode constituir um válido e importante elemento jurídico-penal-instrumental.*” No entanto, e não obstante o facto de “*o perigo poder ser apreciado através de um quadro de valorações em que a determinante da probabilidade tem lugar de relevo*”<sup>144</sup>, não deixa de ser problemática relevante o concreto cálculo de probabilístico.

<sup>138</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos...* (op. cit.). P.159-160.

<sup>139</sup> Como explica Manuel Valente, todos estes sentimentos reflectem-se na realidade criminológica, proporcionando a “*expansão, massificação, a corporativização, a regionalização, a internacionalização e a globalização do crime*” in Valente, Manuel Monteiro Guedes – “*Da política criminal...*” (op. cit.). P.136.

<sup>140</sup> Noutros termos entende Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem “*todos os perigos são ‘concretos’ e todos os perigos são abstratos, segundo o ponto de vista que se adote: ex ante são todos concretos, ex post são todos abstratos*”.<sup>140</sup> Pelo que se observa, a diversidade de compreensão da noção de perigo, sob esse primeiro aspecto, ou seja, de saber se é concreto ou abstrato, não sinaliza para um possível entendimento pacífico.

<sup>141</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.407

<sup>142</sup> Já numa lógica causalista, a teoria dos crimes de perigo é passível de críticas, isto porque, como adianta o Professor, “*o segmento estruturante, interno e radical, de um pensamento causalista não admite hiatos ou interrupções, pressuposto necessário para que se possa falar de “inêxito” causal. Se o resultado esperado não se cumpriu, de certeza que, na óptica causal, se cumpriu um qualquer outro (efeito). (...) Todavia, neste contexto, (...) é-nos permitido adiantar dois pontos. Primeiro: a representação causal do mundo físico não tem uma natureza “a se”, vale, desde logo e independentemente das críticas internas que se lhe possam tecer, vale (...) para o mundo que interessa ao Direito Penal [através de uma lógica de probabilidades]. Segundo: o reconhecimento de uma tal validade mais reforça o sentido crítico que devemos emprestar à causação enquanto forma de perceber nexos de imputação normativa que interessam ao Direito Penal.*” In COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000. P.587

<sup>143</sup> *Idem*. P.584

<sup>144</sup> *Idem*. P.601

Assim, podemos distinguir a atuação numa “*situação de incerteza*”, quando a cada decisão correspondem vários resultados, todos possíveis, sem se conhecer a probabilidade da ocorrência de cada um deles, da atuação numa “*situação de risco*”, ou seja, quando a cada decisão correspondem também vários resultados, mas no que a estes se refere, e contrariamente ao caso anterior, consegue-se estimar a probabilidade da sua ocorrência.<sup>145</sup> Dever-se-á pois encontrar a situação de risco dentro do “*limite mínimo de aleatoriedade igual a zero e o limite máximo de aleatória igual a cem*”, determinando o perigo dentro dessa aleatoriedade abstrata.<sup>146</sup>

É assim que, através das regras da experiência e da lógica, bem como dos juízos científicos, se afere que, se “*a probabilidade de produção do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção, então, estaremos perante uma situação de perigo*”. Desta forma, temos que utilizar o “*modo de perceber a fenomenologia relevante para o Direito Penal através do critério da prognose póstuma*” e dos “*nódulos problemáticos que a causalidade adequada convoca*”.<sup>147</sup>

Não podemos, pois, negligenciar o facto de que os tipos ilícitos perigos são antecessores de uma política criminal especial. Desta forma, reivindica-se um estudo exaustivo dos fundamentos das decisões político-criminais que sustentam esta proteção antecipada, sob pena de incorrer uma conformação social ilegítima através da intervenção erroneamente fundada do *jus puniendi*, quando considerados os demais direitos fundamentais lesados com a aplicação do Direito Penal.<sup>148 149</sup>

Deste modo, dever-se-á assegurar a graduação das condutas político-criminalmente desejadas, sendo relevante, quer no que diz respeito à proteção concedida, quer aos danos causados face às limitações ao exercício dos demais direitos fundamentais individuais por parte dos cidadãos.

---

<sup>145</sup> *Idem.* 593

<sup>146</sup> *Idem.* P.594

<sup>147</sup> *Idem.* P.609

<sup>148</sup> *Idem.* P.568

<sup>149</sup> Como ensina o Professor Faria Costa, “(...) se o círculo de mediação de que a política criminal pode lançar mão é vastíssimo, o meio de que, neste contexto, ganha relevo único é, sem sombra de dúvida, o tipo legal e crime. O que nos atrai para a implicação de que o modo como se define um determinado tipo legal de crime corresponde a uma opção político-criminal que, por seu turno, se conexas com a vertente legitimadora. Com efeito, se nem todas as criminalizações de condutas violadoras de bens jurídicos são legítimas, forçoso é também aceitar, mesmo que só em termos lógico-argumentativos, que nem todos os meios – neste contexto, isto é, nem todas as técnicas de construção do tipo – merecem o juízo abonatório de incontestada legitimidade. O que nos impõe a parar para, pausadamente, reflectirmos sobre a particular tensão desencadeada entre aqueles dois momentos, pois não basta, como se viu, considerar-se político-criminalmente conveniente criminalizar uma certa conduta que desencadeia uma situação de pôr-em-perigo, é antes necessário testar (validade) o modo como jurídico penalmente – vale por dizer: tipicamente – se vai levar a cabo aquela protecção.” In COSTA, José Francisco de Faria – “O Perigo em Direito Penal”, Coimbra Editora, 2000., P.571

Quanto à legitimidade da punibilidade dos crimes de perigo, é correto afirmar que esta não decorre do facto de a criminalização de condutas fazer diminuir a criminalidade. Isto porque “*a antecipação da protecção não é coincidente com prevenção.*” A legitimidade dessa criminalização será consequência do pensamento de que “*o prevenir está indissoluvelmente ligado à matriz de um ataque antecipado a tudo aquilo que leva à produção do resultado que se quer prevenir*”. Não será a antecipação da protecção que irá diminuir a criminalidade; o que efetivamente aumenta com a protecção antecipada de condutas é o exercício do *jus puniendi*, o que, em *ultima ratio*, poderá fazer aumentar a própria criminalidade através da extensão do leque de condutas ilícitas tipificadas e da criminalidade associada, outrora inexistente pela licitude da conduta ora criminalizada.<sup>150</sup>

151

Devemos, pois, contrabalançar a lesão evitada com a criminalização de condutas perigosas através da aplicação do Direito Penal, ou seja, através de um comportamento também ele danoso. Afigura-se assim necessário questionar a legitimidade desta tutela antecipada dos bens jurídicos, aceitando-se que a antecipação significa, não prevenção criminal, mas sim um aumento de protecção de concretos – “quando se criminaliza uma determinada conduta que leva à produção de um resultado de dano/violação ou de perigo, está[-se] a *prevenir* a própria criminalidade, mas a preveni-la (...) na exata medida da sua proibição”<sup>152</sup>, assentando a criação de tal política em a) seleção dos campos de intervenção face aos meios escassos de que o Estado dispõem, e em b) na necessidade da colaboração da sociedade em tal tarefa.<sup>153</sup>

Quanto à qualificação/distinção dos tipos criminais, conforme ensina o Professor Faria Costa, “*o cuidado do “eu” para com o “outro”, que a relação onto-antropológica de perigo expressa e envolve, pode suscitar, fundamentalmente três específicas formas de desvalor: o desvalor de dano/violação, o desvalor de perigo e o desvalor de cuidado-de-perigo.*”<sup>154</sup> Assim, classificando os crimes podemos distinguir entre crimes de dano (desvalor de dano/violação) e de perigo, e de entre os crimes de perigo podemos distinguir

---

<sup>150</sup> *Idem*. P.575-576

<sup>151</sup> “Um dos argumentos dos que defendem a tese não proibicionista. A criminalização do consumo de drogas demonstra como é um erro a opção pelo Direito Penal como primeira alternativa, como única solução e como forma de governo, o que gera a perversidade do sistema jurídico.” In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de Droga – Reflexões sobre o Quadro Legal... (*op. cit.*). P.18

<sup>152</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.575

<sup>153</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *O que é a política criminal, porque precisamos dela e como a podemos construir?*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano IV, n.º3, Julho-Setembro, 2004. Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. P. 437

<sup>154</sup> Este último fundamenta o ilícito-típico dos crimes de perigo abstracto, independentemente da existência de um concreto e identificável bem jurídico.

crimes de perigo concreto (desvalor de perigo) e crimes de perigo abstrato (desvalor de cuidado-de-perigo).

Nos crimes de perigo concreto, o perigo integra o elemento do tipo, devendo provar-se o perigo provocado no caso concreto, enquanto que, nos segundos, o perigo não integra o tipo. Assim, “*constituem delitos de perigo abstracto aqueles tipos em que a comprovação da perigosidade geral é confiada ao critério do juiz mediante a exigência de «idoneidade para a produção de um determinado resultado»*”<sup>155</sup>. Desta forma, nos crimes de perigo abstrato o perigo será “*tão-só motivação do legislador*”<sup>156</sup>. Pertence assim a sua criminalização ao “reino da política criminal ou mesmo ao domínio mais profundo da legitimidade punitiva,”<sup>157</sup> sendo, no entanto, ambos de difícil apreensão de prova.<sup>158</sup>

Relativamente às consequências da prática de crimes de perigo abstrato, não se afigurará como vítima um só indivíduo, ou o dano de um objeto propriamente dito, afetando a comunidade em geral, tendo como elemento característico a suscetibilidade de ocorrer um dano não controlável e uma pluralidade vítimas, que poderão ou não estar conscientes dos efeitos. Esta tipologia de crimes encontra-se no limítrofe do campo de aplicação do Direito Penal legitimado, sendo este o “exemplo mais acabado da relevância da ausência em Direito Penal”. Isto porque o tipo ilícito juridicamente censurável e penalmente relevante “*encontra o seu fundamento em uma perversão da relação onto-antropológica do cuidado-de-perigo*”. Como em qualquer tipo-ilícito, e ainda considerando o pressuposto supra mencionado – o carácter danoso da verificação da conduta-, verifica-se necessário questionar a validade material<sup>159</sup> do princípio da ofensividade *in casu*, bem como o relevo que a ordem jurídica constitucional confere ao princípio da ofensividade. “*Quando é que se pode considerar, em termos jurídico-penais, que um bem é ofendido? Sendo o perigo um “minus relativamente ao dano”, quando será tutelável a conduta perigosa, face à possibilidade da violação do cuidado-de-perigo?*”<sup>160</sup>

Conforme já mencionado, a ofensividade pode estruturar-se em três níveis no âmbito da nomenclatura do bem jurídico: dano/violação; concreto pôr-em-perigo e

---

<sup>155</sup> Jescheck, Tratado de Derecho Penal, vol. I., pág. 358-359, Edit Bosh p.350 *apud* LOBO, Fernandes Gama, Droga – Legislação... (*op. cit.*). P.44

<sup>156</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.620-621

<sup>157</sup> *Idem.* p.621

<sup>158</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro, Lições de Direito ... (*op. cit.*).P.140.

<sup>159</sup> Sendo a validade formal dependente da aplicação das competências previstas na Constituição da República Portuguesa, nomeadamente al. C) do n.º1 do art.165.º, com a epígrafe *Reserva relativa de competência legislativa*, prevendo que “É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal”.

<sup>160</sup> COSTA, José Francisco de Faria – “*O Perigo em Direito Penal*”, Coimbra Editora, 2000, p.628

cuidado-de-perigo. Enquanto que no primeiro poucas questões surgem, já no segundo, e especialmente no terceiro a situação é diferente. Qual o alcance da legitimidade estatal para punir “meras situações de pôr-em-perigo ou ainda para punir, não aquelas concretas situações de pôr-em-perigo, mas tão-somente situações potencializadoras de pôr-em-perigo?”<sup>161</sup> Assim, a criminalização dos últimos desafia a lógica da legitimidade formal do Estado, questionando-se onde é que o estado encontra os seus limites materiais, quando verificados os princípios de legalidade e da irretroatividade da lei penal.<sup>162</sup> Temos ainda os crimes de perigo abstrato-concreto, ou crimes de aptidão, que suscitaram a intervenção penal quando efetivamente desencadearem o “perigo proibido no caso da espécie”, sendo que, ao não produzir o perigo, não preencherá o tipo ilícito.<sup>163</sup>

Por fim, quanto ao agente, o indivíduo que pratique um crime de perigo abstrato não poderá ser “considerado jurídico-penalmente como perigoso”.<sup>164</sup> Efetivamente, o que merecerá a conotação de perigosa será a sua conduta, e não necessariamente o agente em si. Daí que a culpa verificar-se-á e ter-se-á em consideração, não quanto ao resultado final alcançado na esfera dos bens jurídicos, mas sim na prática da conduta ilícita, ou seja, do tipo objetivo previsto no crime de perigo abstrato tipificado.

De entre as críticas deste tipo de crimes destaca-se notoriamente o *punctum dolens* por detrás da sua fundamentação no seu carácter indeterminado, indeterminação essa inerente ao juízo de probabilidade supra mencionado, e consequentemente, na fundamentação e valoração no que concerne a criminalização de condutas como tutela subsidiária de bens jurídicos, tendo como base a experiência e as demais ciências, e tendo em consideração que o “*resultado de perigo, contrariamente ao resultado de dano/violação, [se solidifica], não no instante teórico da violação, mas sim em um arco de tempo, por mínimo ou infinitesimal, que seja*”.<sup>165</sup>

Desta forma, questiona-se a legitimidade da proteção antecipada de bens jurídicos e, consequentemente, o momento em que é permitido ao Direito Penal intervir.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> *Ibidem*

<sup>162</sup> *Idem*. p.632-633

<sup>163</sup> SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português, Teoria do Crime, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012. ISBN 978-972-54-0364-8. P. 36.

<sup>164</sup> *Idem*. P.640

<sup>165</sup> *Idem*. P.607

<sup>166</sup> DIAS, José de Figueiredo – “Direito Penal – Parte Geral, Tomo I... (op. cit.). P.123

### 2.4.2 Os Crimes sem vítimas

*“Victimless crimes are created when we attempt to ban through criminal legislation the exchange between willing partners of strongly desired goods or services. The “offense” in such a situation, then, consists of a consensual transaction – one person gives or sells another person something he or she wants.”* <sup>167</sup>

Cada vez é mais visível a preocupação do ramo do Direito Penal com a exposição do perigo na sociedade e com a salvaguarda das gerações futuras, designadamente através da tutela penal de bens jurídicos supra individuais ou coletivos (bens jurídicos difusos), estes últimos considerados *uti singuli*, sendo o sujeito passivo o “corpo social” <sup>168 169 170</sup>

O Princípio da Interferência Estatal Legítima de John Stuart Mill’s <sup>171</sup> baseia-se em dois factos essenciais para que legitimar a intervenção Estatal, mormente através do ramo do Direito Penal, sendo estes o facto de apenas ser assegurado o direito de um indivíduo ou um conjunto de indivíduos interferirem com a “Liberdade de acção” de outros indivíduos quando tiver como finalidade a autoproteção, sendo legítimo ao Estado reagir contra uma conduta apenas quando for com o objetivo de proteger terceiros. O Indivíduo é soberano na parte que apenas o afete, sendo legítimo ao Estado intervir na parte que afeta terceiros. A partir daí, cumpre compreender se a intervenção do Estado será compatível com a promoção da saúde pública ou do bem-estar social. De facto, como explica o professor Costa Andrade, no seguimento de Jescheck – “o uso sem obstáculos da liberdade pessoal

<sup>167</sup> “Os crimes sem vítimas são criados quando se tenta banir, através da legislação criminal, as transações consentidas entre adultos, de bens e serviços amplamente desejados. A “ofensa”; nessas situações, consiste na transação consensual – um indivíduo ou vende a outro algo que o outro quer” (tradução livre pelo autor) in SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – *“Victimless Crimes – Two sides of a Controversy”*, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, N.J., 1974, pp.137. ISBN 0-13-941690-0. P.6 (tradução livre pelo autor)

<sup>168</sup> SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português - Teoria do Crime... (op. cit.) P.384

<sup>169</sup> “(...) quando falamos de bens supra-individuais, temos perante nós uma categoria do pensamento jurídico-penal, cuja finalidade proposicional é a de acolher no seu seio uma rede de valorações complexas, cujo suporte não pode ser o imediato e concreto sujeito individual.” In COSTA, José Francisco de Faria – *“O Perigo em Direito Penal”*, Coimbra Editora, 2000, p.335

<sup>170</sup> Alessandra Greco entende que não existem crimes sem vítimas, pelo que toda a conduta típica ilícita lesa ou coloca em perigo algum bem jurídico, aplicando-se este termos a crimes onde a vítima se encontra difusa in GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P.112

<sup>171</sup> Mills’ Principle of Legitimate State Interference – “[T]he sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others... The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over his own body and mind, the individual is sovereign... As soon as any part of a person’s conduct affects prejudicially the interests of others, society has jurisdiction over it.” (Mill, 1859, pp.135, 205-206) in Sutherland and Cressey, 1960, p.11 apud SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – *“Victimless Crimes... op. cit. P.76-77*

*representa enquanto tal, um valor social num estado de direito livre, que a ordem jurídica reconhece, dentro de certos limites, como decisiva a valoração subjectiva dos bens jurídicos feita pelo indivíduo”* – reconhecendo a representação dessa autonomia pessoal entre o consentimento, o acordo, a autolesão e a heterolesão consentida.<sup>172</sup>

Fernanda Palma considera que, face ao leque de opções alternativas de intervenção estatal, e face aos princípios fundamentais do Direito Penal, *“não [é] compatível com a constituição a incriminação do dano produzido em si próprio na medida em que tal finalidade é alheia à legitimidade do poder punitivo de um estado de direito democrático e seria uma solução diversa da que, em geral, os sistemas penais dão à incriminação das auto-lesões”*<sup>173 174</sup>. De facto, no caso das drogas, sendo os danos pela prática da conduta, quando isolada, ínfimos, estes apenas surgem com alguma gravidade aquando de uma análise holística do fenómeno. É, pois, uma conduta individual, com repercussões supraindividuais, onde as vítimas acabam por ser, como explica o Professor Costa Andrade, *“vítimas de todos os crimes.”*<sup>175</sup>

Ora, o crime em si pressupõe a existência de vítimas, quer a conduta lese ou coloque em perigo um bem jurídico adstrito a um ou mais indivíduos, ou a uma entidade coletiva ou abstrata, sendo nesta última aceção que se enquadram os crimes sem vítimas (v.g. crimes ambientais, crimes económicos, tráfico de estupefacientes<sup>176</sup>, etc.).<sup>177</sup> Em conformidade com a jurisprudência atual, *“em sentido amplo, crimes sem vítima são aqueles que atingem apenas entidades ou valores abstractos: a ordem moral, jurídica, a orientação económica, etc.”*<sup>178</sup> Desta forma encontramos a vítima concreta em abstrações, quer sociais, quer jurídicas.

Adam Bedau, na sua publicação *“Are there really “crimes without victims”?”*, analisa as diversas perspetivas dos crimes sem vítimas envolvidas nas condutas

---

<sup>172</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *“Consentimento e Acordo em Direito Penal”*. Coimbra Editora. Junho de 2004. ISBN 972-32-0438-X. Pp.191-192

<sup>173</sup> Fernanda Palma (2003) *apud* Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas ... *op. cit.* P.54

<sup>174</sup> No mesmo sentido de autovitimização, Carlos Poiães.

<sup>175</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema...* (*op. cit.*)

<sup>176</sup> No consumo de estupefacientes, como refere Edwin Schur, as pessoas envolvidas nas trocas (ilícitas) de bens e serviços não se vêm como vítimas, diga-se, nem como criminosas, não obstante existir quem entenda que, no caso do toxicodependente, encontramos uma “vítima da sua condição” in SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – *“Victimless Crimes...” op. cit.* P.1-6

<sup>177</sup> No tráfico de droga – não há vítimas no sentido propriamente dito – as personagens são o traficante e o consumidor o agente de controlo social, sendo a “dinâmica entre os dois primeiros primeiros menos da ordem do confronto do que da ordem da transação económica” in CUSSON, Maurice – *Criminologia...* *op. cit.* P.28

<sup>178</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no âmbito do processo n.º 0044143, de 28/06/2000, com relator Santos Moreiro, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5eed7d686826d31e80256988003b1651?OpenDocument>



criminalizadas que não envolvem vítimas (diretas)<sup>179</sup>, destacando quatro aspetos essenciais: a) a participação consensual, seguindo o entendimento de Edwin Schur de que os crimes sem vítimas envolvem o consentimento de ambas as partes envolvidas na comercialização e consumo dos bens e serviços, e que o consentimento de ambas as partes obsta a existência de vítima no verdadeiro sentido dado para fundamentar a intervenção do Estado, concretamente, através do Direito Penal; b) a ausência de queixa/instauração de procedimento criminal, sendo que ambas as partes participam dolosamente na conduta, na expectativa de que nenhuma das partes denuncie a outra; c) o entendimento próprio das partes da não danosidade (*self judged harmlessness of victimless crimes*), não resultando da prática do crime o sentimento de danosidade na sua esfera individual e, em conformidade, o sentimento de culpa no dano; e d) a natureza transaccional, partindo do pressuposto de que os crimes sem vítimas implicam a vontade de comercialização de bens e serviços socialmente reprováveis, mas com considerável procura. Conclui assim que estamos perante um crime sem vítimas quando a conduta é proibida penalmente e envolve a transação consensual de bens ou serviços entre adultos que não se vêem, nem como vítimas da conduta praticada, nem como criadores de danos sociais, que não pretendem nem é sua vontade que as autoridades tomem conhecimento da sua participação.<sup>180</sup>

E ainda que tenham interesse em denunciar determinado facto, o facto de terem de justificar o seu “conhecimento de causa” impede-os de tal. Efetivamente, os problemas relacionados, por ex., com as drogas, são resolvidos através de outros crimes, nomeadamente através de criminalidade violenta, sendo que entre *gangs* e estes e as forças policiais, a criminalidade é quase toda relacionada com a droga e o mercado ilegal, quer seja para proteger os seus territórios de venda de concorrentes, o seu material, para cobrar dívidas, etc..<sup>181</sup>

Já a questão do consentimento constitui um elemento essencial quando analisada a conduta. Segundo Edwin Schur, a expressão do conceito dos crimes sem vítima encontra-se no consentimento, pelo facto de se tratar de um assunto pessoal, individual, moralista e intimamente ligado à opção tomada no seu estilo de vida, cuja intervenção estatal

---

<sup>179</sup> SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – “*Victimless Crimes...op. cit.* P.66-73ss

<sup>180</sup> *Ibidem*

<sup>181</sup> MCWILLIAMS, Peter – *Ain't Nobody's Business If You do*, 1996, Prelude Press, ISBN 0-931580-58-7

reguladora em termos meramente proibitivos se sobrepõem ao consentimento e à liberdade de escolha das partes envolvidas na conduta.<sup>182</sup>

De facto, quando o indivíduo opta por determinado comportamento, entendemos que deve seguir a seguinte ordem de ideias: a) investigar o suficiente antes de praticar qualquer conduta, de forma a compreender o alcance dos seus atos e as possíveis consequências; b) caso opte pela prática de determinada conduta, ou seja, consinta em praticar determinada conduta, deverá assumir a sua responsabilidade para com o resultado.

De referir ainda que a doutrina que se opõe à criminalização dos *crimes sem vítimas* não se baseia apenas na sua inaplicabilidade eficaz. Além de não conseguirem atingir as suas finalidades, chegam a aumentar os danos sociais, em vez de os reduzir, produzindo criminalidade secundária e, em conformidade, produzindo mais criminosos - analisando, a título de exemplo, o caso do tráfico de estupefacientes, a sua criminalização<sup>183</sup> levou, tanto ao aumento do tráfico, como ao aumento do preço dos bens em questão, e, face à sua complexa máquina organizacional, de certa maneira inconsciente por parte dos diversos agentes de todo o processo, produziu criminalidade secundária e, consequentemente, “novos criminosos”,<sup>184</sup>

Mais ainda, conforme Edwin Schur explica, os crimes sem vítimas tendem a degradar um ser humano decente, considerando o comportamento punido penalmente indecente, e a sua prática por parte das entidades competentes é de certa maneira arbitrária e discriminatória, abrindo campo à corrupção e à exploração.<sup>185</sup>

Como explicam ainda os Professores Figueiredo Dias e Costa Andrade, a criminalização dos crimes sem vítimas, “*sendo certo que não erradica, dada a inelasticidade a que respondem – acaba por funcionar, segundo a expressiva formulação de H. Packer, como uma pauta aduaneira em benefício dos operadores ilícitos, protegendo-os da concorrência dos operadores lícitos. Acaba, noutros tempos, por reduzir*

---

<sup>182</sup> Como explica o Professor Carlos Poiares, “Mais do que em qualquer outra área da licitude avolumam-se as interrogações acerca da justeza e dos efeitos do castigo sobre os toxicodependentes, argumentando-se que se trata de crimes sem vítima, devendo reconhecer-se a cada cidadão o direito de, por si mesmo, caminhar livremente em busca daquilo que se considera ser o seu bem-estar, de ser infeliz à sua maneira, pelo menos em nome do espaço de liberdade pessoal que o Estado não pode restringir e em relação ao qual nem à própria Comunidade Internacional é lícito interferir.” In ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas* “...op. cit., p.132

<sup>183</sup> V.g. Tipo objectivo do n.º1 do art.21.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, com a epígrafe Tráfico e outras actividades ilícitas: cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda ou vender, distribuir, comprar, ceder, ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, for a dos casos previstos no artigo 40.º [Consumo], plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III.

<sup>184</sup> SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – “*Victimless Crimes*...op. cit. P.9

<sup>185</sup> SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – “*Victimless* ”...op. cit. P.9

as alternativas líticas e ampliar as oportunidades ilícitas”<sup>186</sup> Ainda, a *solidariedade recíproca* entre delinquente/vítima característica dos crimes consensuais, bem como a necessidade de praticar as condutas à revelia da sociedade, tornam estas atividades imunes à intervenção das instâncias de controlo formal, originando elevadas cifras negras.<sup>187</sup>

Opondo-se à criminalização dos crimes sem vítimas, Morris & Hawkins sequenciam o processo nefasto consequência da criminalização dos crimes sem vítimas da seguinte maneira: a) a lei criminal opera como uma “*tarifa sob o crime*” (*crime tariff*) que determina que o fornecimento dos bens e serviços ilícitos seja mais lucrativo para os criminosos; b) o lucro proveniente do tráfico permite criar e financiar grupos criminais de maior escala – *a vast underworld of commercialized crime*; c) a *crime tariff* tem ainda um efeito criminógeno secundário, sendo através da violência e da vitimização envolta de crimes como roubo, furto, que os indivíduos com menos recursos financeiros podem financiar os bens e serviços; d) Tudo isto origina uma *subcultura criminal*, associando os agentes dos crimes sem vítimas entre eles; e) demasiados recursos financeiros e logísticos são direccionados à repressão destas condutas; f) a consensualidade de ambas as partes intervenientes na catividade ilegal dificulta o trabalho da polícia, necessitando de utilizar meios alternativos para obter informação, como é o caso dos subornos e as práticas policiais abusivas. A natureza do argumento de Morris e Hawkins consiste essencialmente no facto de que o custo social advindo da criminalização de condutas consensuais excede os benefícios sociais<sup>188</sup>, negligenciando os critérios de utilidade<sup>189</sup> e eficácia, e que, apesar de a descriminalização não ser isente de consequências sociais, as opções alternativas, como a intervenção exclusiva através do direito contraordenacional ou administrativo, opções, compatíveis com o princípio da subsidiariedade / *ultima ratio* do Direito Penal, revelam ser menos danosas. De facto, o direito de mera ordenação surge num enquadramento discriminatório, de forma ao Direito Penal adquirir o seu carácter subsidiário, de *ultima ratio*, face à danosidade das sanções aplicáveis.<sup>190</sup> Assim, tal como o Professor Costa Andrade explica, estes crimes consistem num reflexo da reação Estatal,

<sup>186</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia... *op. cit.* P.341

<sup>187</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia... *op. cit.* P.412

<sup>188</sup> Nomeadamente devido ao que os autores designam de “crime tariff”, consequência da intervenção punitiva do Estado, que determinam o maior lucro aos fornecedores de bens e serviços, lucro esse que será utilizado para desenvolver a sua rede criminal, e cuja verificação originará criminalidade secundária.

<sup>189</sup> Em conformidade com Eduardo Correia, identificando a utilidade e a necessidade como *condition sine qua non* da aplicação da pena, sendo as desnecessárias contra a justiça e a razão. in CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, vol. I, Edições Almedina S.A., Janeiro, 2014. ISBN 978-972-40-0123-4. P. 84

<sup>190</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano – *O consumo de droga na política e na técnica legislativa: comentário à lei n.º 30/2000*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fasc.1.º, Janeiro-Março, Coimbra Editora, 2001 Pp.67-98. ISSN: 9871-8563. P.83

através do sistema penal ao serviço, não da eficácia na prevenção do crime e dos danos individuais e sociais, mas nos objetivos de conformação social, desenvolvimento económico, ou mesmo na materialização de ideologias.<sup>191</sup>

Outra crítica à criminalização deste tipo de crimes tem sido a sua aplicação discriminatória contra as minorias e as populações mais carenciadas. Um indivíduo com recursos financeiros pode facilmente aceder de forma segura a bens e serviços criminalizados, além de aceder a produtos com qualidade bastante superior relativamente aos produtos a que os indivíduos com menores recursos financeiros têm acesso, e em locais menos seguros. Estes últimos consomem em locais deploráveis, sem condições, como é o exemplo de escola das *crack houses*, ou mesmo na rua, os *street corners*, onde a qualidade dos produtos são desconhecidos ao consumidor, que se vê vulnerável, tendo de se submeter a riscos mais elevados para obter o bem ou serviço que deseja. Veja-se, pois, que o lesado pessoa a quem o crime provoca dano, dano esse relevante para fins de restituição, reparação e indemnização, podendo ou não coincidir ou não com o sujeito passivo do crime<sup>192</sup>, podendo assim coincidir no mesmo indivíduo, teoricamente, agente, vítima e lesado.

Desta forma, a criminalização de condutas consensuais, e a consequente intervenção das autoridades e entidades competentes, torna a atividade propriamente dita mais perigosa do que efetivamente precisa de ser, mas no entanto mais lucrativa para os grupos de criminalidade organizada, estando a sua sobrevivência e influência dependente essencialmente da criminalização dos *crimes consensuais*,<sup>193</sup> “*When doing business is a crime, only criminals are in business*”. Analisando o que sucedeu após a lei seca dos E.U.A. no início do séc. XX<sup>194</sup>, quando a lei foi revogada, a criminalidade organizada não desapareceu, adaptando-se através da modificação do produto a “comercializar”, isto é, modificando o seu objeto de negócio para outros bens e serviços que o Estado proíbe aos indivíduos de aceder.<sup>195</sup> Como refere Anabela Miranda, “*Neste “Mercado gigantesco”*

---

<sup>191</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema criminal*. Coimbra, 1980

<sup>192</sup> SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*,... (op. cit). P.586.

<sup>193</sup> MCWILLIAMS, Peter – *Ain’t Nobody’s Business If You do...* op. cit.

<sup>194</sup> “*Prohibition (1920 – 1933 R.I.P.) was know as The Noble Experiment. The results of the experiment are clear: innocent people suffered; organized crime grew into an empire; the police, courts, and politicians became increasingly corrupt; disrespect for the law grew; and the per capita consumption of the prohibition substance increased*” in MCWILLIAMS, Peter – *Ain’t Nobody’s Business If You do...* op. cit.

“*The irrepressible demand for gambling and drugs, like the demand for alcohol during Prohibition days, survives the condemnation of the criminal law. Whether or not the criminal restriction operates paradoxically, as some have thought, to make the conduct more attractive, it is clear that the prohibitions have not substantially eliminated the demand.*” In *Crime and Justice – Volume I – The Criminal in society...* op. cit.P.61-62

<sup>195</sup> MCWILLIAMS, Peter – *Ain’t Nobody’s Business If You do...* (op. cit.)

*para que evoluiu a economia mundial, existe uma procura de bens proibidos que, agora por este motive, o converte em idóneo para a proliferação de organizações criminosas”, surgindo um Mercado paralelo apto a satisfazer tais necessidades.*<sup>196</sup>

Outro dos problemas da criminalização de tais condutas é o facto de determinados problemas sociais não serem tao facilmente solucionados ou mesmo abordados enquanto se mantiverem ilegais. Utilizando ainda o exemplo da Lei Seca, foi após a sua revogação que os indivíduos se começaram a consciencializar dos seus problemas com o álcool. O facto de determinada substância ser ilegal, como é o exemplo das drogas, dificulta ainda a sensibilização informal, tornando os consumidores imunes à crítica. Isto porque é comum a população ter uma ideia errada das substâncias ou das condutas criminalizadas, bem como pelo facto de a “*Drug education*” ser incoerente com a opinião dos indivíduos com conhecimento de causa. Não só, a criminalização impede ainda que, quem mais necessite de conhecimento dos potenciais problemas da prática das condutas, a eles não tenha acesso, isto é, as partes envolvidas.<sup>197</sup>

De forma a possibilitar-se a tomada de decisões inteligentes, é necessário informação adequada acerca das potenciais consequências, de maneira a minimizar os riscos e os danos advindos das mesmas, sendo esta a essência da educação.<sup>198</sup> Assim, o objetivo primordial da educação é dar as ferramentas para que os indivíduos possam tomar as opções corretas, ou, pelo menos, opções menos danosas ou perigosas dentro dos seus interesses, e não tomar as decisões por estes.

Finalizando, e em concordância com o entendimento de Edwin Schur, a sociedade e o governo devem intervir nas condutas praticadas pelos indivíduos quando: a) os indivíduos saibam o que estão a fazer; b) os indivíduos consintam em praticar a conduta; e c) ninguém, além dos intervenientes na conduta, dos agentes e vítimas, seja prejudicado com a prática das condutas.<sup>199</sup>, em concordância com a famosa fórmula de que “*The man has an inalienable right to go to hell in his own fashion*”.<sup>200 201</sup>

---

<sup>196</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol.III, Coimbra Editora, Janeiro de 2009, ISBN 978-972-32-1671-4.P.171

<sup>197</sup> MCWILLIAMS, Peter – *Ain’t Nobody’s Business If You do...* (*op. cit.*)

<sup>198</sup> “. True education is not deciding that is right or wrong and then convincing the student of the wisdom of the decision.” In MCWILLIAMS, Peter – *Ain’t Nobody’s Business If You do...* (*op. cit.*)

<sup>199</sup> SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – “*Victimless ... op. cit.* P.75

<sup>200</sup> Morris & Hawkins, 1970 *apud* SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – “*Victimless Crimes ... op. cit.* P.82

<sup>201</sup> Como explica o Professor Carlos Poiares, “*Mais do que em qualquer outra área da licitude avolumam-se as interrogações acerca da justeza e dos efeitos do castigo sobre os toxicodependentes, argumentando-se que se trata de crimes sem vítima, devendo reconhecer-se a cada cidadão o direito de, por si mesmo, caminhar livremente em busca daquilo que se considera ser o seu bem estar, de ser infeliz à sua maneira, pelo menos em nome do espaço de liberdade*

## Capítulo II – Legislação das Drogas

### 1. Direito Internacional

A droga, fenómeno mundial e multifacetado, de reconhecimento sonante nos debates, preocupações e iniciativas internacionais, e a sua relação com a sociedade foi no século findado objeto de diversa regulação, quer a nível nacional, quer a nível internacional, de forma a responder às preocupações constantes com a evolução das repercussões do consumo de drogas e atividades associadas. De facto, a mudança do paradigma da relação droga-sociedade iniciou-se no final do século XIX, quando a potência chinesa diligenciou no sentido da proibição sobre o consumo de ópio, facto que, a suceder, prejudicaria gravemente o comércio britânico enquanto exportador de ópio, tendo esta tentativa proibicionista por parte do governo chinês ao longo do século XVIII originado as duas Guerras do Ópio <sup>202</sup>, e assim se realizando os primeiros sinais de uma alteração de paradigma.

Carlos Poiares evidencia cinco fases na evolução das fontes internacionais do direito da droga. Em 1909 dá-se o primeiro passo internacional na regulação das drogas e condutas conexas, tentando apaziguar a relação entre os Estados Unidos da América e China, consubstanciando no que o mesmo designa de marco inesquecível na “*guerra santa contra os narcóticos*”, tendo em vista a exclusiva permissão de comerciar tais substâncias para fins medicinais. Em 1912 inicia-se a fase convencional com a assinatura da Convenção Internacional sobre o Ópio, que teve como objetivo debater o comércio de droga a nível mundial, representando “*primeira pedra na constituição de um movimento de âmbito universal tendo em vista o controlo das drogas*” Já em 1925 assina-se a Segunda Convenção Internacional do Ópio em Genebra, em 1931 o Acordo de Bangkok e em 1936 de Genebra, relativamente ao tráfico de drogas, fase esta que viria a durar até 1961, ano em que se deu a Convenção Única sobre Estupefacientes. <sup>203</sup>

Ao longo desse meio século, chegou-se à conclusão que o consumo de drogas constituía um grave problema para o indivíduo, bem como um perigo socioeconómico para

---

*peçoal que o Estado não pode restringir e em relação ao qual nem à própria Comunidade Internacional é lícito interferir.”in ALBERTO POIARES, CARLOS, Análise Psicocriminal das ... op. cit. p.132*

<sup>202</sup> *Idem.* P.158ss

<sup>203</sup> No ano de 1948 é ainda assinado o Protocolo que submete a Controlo Internacional as descobertas subsequentes de substâncias sintéticas, e no ano de 1953 é assinado o Protocolo que regulamenta o Ópio.

a Humanidade, determinando a aprovação da Convenção Única sobre Estupefacientes realizada em Nova Iorque, a 30 de Março de 1961 e ratificada a 21 de Dezembro de 1978 (seu Protocolo em 1972), ficando ao encargo do Estado a produção de plantas como a coca e o cannabis/cânhamo, quando utilizadas para finalidades médicas ou científicas, almejando suprimir o consumo de drogas em médio-longo prazo, considerando-se ineficaz uma tentativa de alterar bruscamente os paradigmas socioculturais.<sup>204</sup> Finalmente em 1971, através da Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas em Viena, procedeu-se à classificação dos produtos psicotrópicos em quatro conjuntos: os alucinogénios, as anfetaminas, os barbitúricos e os tranquilizantes.

Por fim, fruto do culminar de um longo debate realizado que teve lugar na Conferência Internacional sobre o Abuso e o Tráfico Ilícito da Droga em 1987, assinou-se a Convenção das Nações Unidas em 1988, Convenção que viria a ser aprovada em 20 de Junho de 1991<sup>205</sup>, tendo em consideração o crescimento da produção, da procura e do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, entendendo representar uma “grave ameaça para a saúde e bem-estar dos indivíduos”, e provocar “*efeitos nocivos nas bases económicas, culturais e políticas da sociedade*”. Esta Convenção deu especial ênfase aos jovens, às organizações criminosas organizadas e às suas consequências, admitiu-se os avultados lucros provenientes de tais substâncias, a necessidade de controlar os percursos, visando a luta contra o tráfico, tendo como objetivo desenvolver a cooperação internacional de forma a fazer face, “de forma mais eficaz, aos diversos aspetos do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas”. (n.º1, art.2.º).

Assim sendo, podemos concluir que o Direito internacional tem vindo a tentar erradicar a droga das sociedades, tendo evoluído nesse mesmo sentido.

## **2. Evolução Legislativa Portuguesa**

Enquanto que as bases legislativas comunitárias sobre a droga se iniciaram no ano de 1909 em Xangai, em Portugal a sua regulamentação surgiu com a Ratificação da Convenção Internacional de Ópio, assinada em Haia em 23 de Janeiro de 1912. Foi na sua decorrência que, de forma a transpor as recomendações internacionais para o direito interno nacional, foi promulgado o Decreto 12 210, de 24 de Agosto. Apesar de o seu

---

<sup>204</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das ... op. cit.* p.169

<sup>205</sup> Através da Resolução da Assembleia da República n.º 25/91, publicada no D.R. n.º 205/91, Série I-A, de 6 de Setembro de 1991

impacto ser relativamente reduzido face à conjuntura económica e social que se vivia, sentiu-se a necessidade de iniciar a sua regulação. Foi assim a droga classificada como uma mercadoria, tendo este Decreto como objeto a importação para consumo e exportação das drogas, sendo qualquer conduta relacionada com a droga punida como tráfico, tutelada de uma perspetiva de índole comercial e aduaneiro, cujas características nocivas pressupunham um controlo estatal. Desta forma, não era levada em consideração a diferença entre a conduta de tráfico propriamente dito e do consumo<sup>206</sup>, ao mesmo tempo que o Direito Penal se abstinha de atuar. Carlos Poiares designa este período de “paradigma fiscal”, tendo-se adotado “*normas especiais sobre os respectivos comércio, distribuição e venda, as quais são determinadas pela salvaguarda da saúde pública.*”<sup>207</sup> Desta forma, a intervenção estatal limitou-se a definir uma política de combatesse as infracções fiscais, negligenciando-se o consumidor.

Ainda nos anos 50 não se podia falar em Portugal do fenómeno da droga num contexto socialmente relevante. É nesta década que prolifera o hábito do consumo entre as elites, confinando-se a uma “microcultura privada”<sup>208</sup>, desenvolvendo-se à revelia da maior parte da população, facto também motivado pelos aos escassos meios de comunicação existentes.

É, pois, nos anos 60 que o consumo em Portugal passa a ser significativo, emergindo a necessidade de uma ação mais interventiva por parte do Estado, passando o consumidor a estar presente nas preocupações político-legislativas apenas após 1970, sendo as drogas vistas, até então, tanto política como socialmente, como “*mercadorias perigosas*, cujo fabrico e mercado era preciso controlar e regular, fixando-se as regras rigorosas para a sua produção, bem como para a sua circulação e venda”, não tendo assim o Estado como função essencial eliminar definitivamente as drogas.<sup>209</sup>

Paralelamente, e com uma dimensão muito superior à verificada em Portugal, foi nos Estados Unidos da América que os “loucos anos 60” sucederam. Como explica Carlos Poiares, verificou-se uma união social na guerra contra o Vietname<sup>210</sup>, destacando-se nos festivais ligados ao consumo de drogas o *Trips Festival*, em *Longhoreman’s Hall*, S. Francisco, o festival *Woodstock*, e onde se sentia a geração do “sex, drugs & rock’n’roll”

---

<sup>206</sup> Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas... (*op. cit.*). P.105

<sup>207</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, Análise Psicocriminal das... (*op. cit.*). p.215

<sup>208</sup> AGRA, Cândido da – *Entre Droga e Crime*... (*op. cit.*). P.57

<sup>209</sup> COSTA, Eduardo Maia – Novos rumos da política sobre drogas, in Revista TOXICODEPENDÊNCIAS, Ed. SPTT, vol.7 n.º1, 2001. p.4

<sup>210</sup> Considerando a guerra do Vietname e suas consequências como potencializadora do consumo de drogas.



por um lado, e o movimento *hippy*, subcultura esta característica pelo habitual consumo de drogas leves,<sup>211</sup> *sendo nesta momento histórico que se começou a criar a relação entre droga e desvio, como manifestações de revolução ou contestação*”<sup>212</sup>

Assim, surgiu em 1970 o Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro, criminalizando o consumo de droga, enquanto divulgada a campanha associada à relação/ciclo Droga-Loucura-Morte. Preconizavam que o consumo de drogas levaria à loucura – esta enquanto doença-, o que determinaria a sua morte. Foi pois uma campanha “*desprotegida de explicações teóricas e práticas (in loco) do resultado nefasto do consumo de drogas*”, passando uma imagem à sociedade irrealista dos problemas associados ao consumo.<sup>213</sup> Consequentemente, o Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 e Setembro, construiu “*um perfil do consumidor/toxicodependente como um indivíduo socialmente perigoso, que importa reprimir e tratar, numa perspectiva de defesa social, não da proteção da saúde pessoal ou pública.*”<sup>214</sup>

Desta forma, emerge a droga na década de 70 a droga como um problema social, suportando as teorias da droga como fator causador de desordem social<sup>215</sup>, sendo as mais consumidas à data o cannabis, a liamba, o haxixe e os psicofármacos<sup>216</sup>, e sendo certo que, nesta década, prevalecia o consumo de drogas de produção lícita, vendendo-se produtos farmacêuticos a preços inferiores no mercado clandestino (*negro*), destacando-se a sua predominância face às drogas de produção ilícita.

Iniciou-se ainda a produção de drogas sintéticas (anfetaminas e alucinogénios), numa tentativa de industrializar as drogas, tentando alcançar preços mais apelativos e, ao mesmo tempo, minimizar os efeitos nefastos para a saúde.<sup>217</sup> Paralelamente verificou-se uma época de propagação do uso de drogas, difundindo-se geograficamente pelo país. Nesse sentido, realizou-se em 1972 o festival de Vilar de Mouros, caracterizado pelo consumo de cannabis, sendo este um marco simbólico do início da difusão das drogas que se viria a suceder nos jovens, assimilando a imagem já existente na Europa em geral e nos

<sup>211</sup> Da Agra, C., 1982, pp 542-544 *apud* POIARES, Carlos – Contribuição para uma análise histórica da droga, in Revista Toxicodependências, Ed. SPTT, ano 5 n.º1, 1999, p.30-31

<sup>212</sup> *Ibidem*.

<sup>213</sup> Como explica Carlos Poiares, “Muitas vezes e em pontos distantes do globo, os poderes instituídos pretenderam identificar ou sobrepor contestação com droga, e, por via indirecta, com o crime, num processo eivado de intenções políticas visando o descrédito, cujo discurso oferece com frequência a imagem do contestatário (ou até do opositor) como alguém desviante: a identificação dos activistas estudantis ou pacificar com grupos de drogados rendia vantajosas mais-valias para os poderes.” In ALBERTO POIARES, CARLOS, Análise Psicocriminal das Drogas... (*op. cit.*). p45

<sup>214</sup> COSTA, Eduardo Maia – Novos rumos da política sobre drogas... (*op. cit.*).p.5

<sup>215</sup> DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em Portugal - O Fenómeno e os Factos Jurídico-Políticos de 1970 a 2004, tese elaborada no âmbito do Mestrado em Toxicodependência e Patologias Psicossociais. P.321

<sup>216</sup> AGRA, Cândido da – Entre Droga e Crime... (*op. cit.*). P.57

<sup>217</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, Análise Psicocriminal das Drogas ... (*op. cit.*). p.46

E.U.A..<sup>218</sup> Todavia, a situação da droga em Portugal mantinha-se controlada até à revolução de 25 de Abril de 1974, sendo a maior preocupação o consumo privado de haxixe.

Passou assim, o consumo de drogas ilícitas a ser objeto de reação penal formal.

Curiosamente, ao mesmo tempo e pela primeira vez, surgiu a droga como questão de domínio político, numa tentativa de sensibilizar o povo para os problemas advindos do consumo de droga. Cândido da Agra entende ser o significado real da relação Droga-Loucura-Morte a relação Revolução-Loucura-Morte<sup>219</sup>, indo ao encontro de Carlos Poiares que, como explica, proliferava a ideia de que, “*se precisamos de soldados que defendam a Pátria, não deixemos que enlouqueçam e morram com a droga*”<sup>220</sup>. Foi desta forma, a droga utilizada pelo Estado como bode-expiatório dos problemas que Portugal enfrentava, encontrando-se à beira da revolução (que efetivamente viria a acontecer em 1974).

De facto, considerando o toxicodependente como um delinquente e consequentemente como um criminoso, substituiu-se o referido paradigma fiscal pelo paradigma criminal que viria a vigorar até 1975. Este Decreto-Lei tinha em consideração os riscos associados à saúde moral e física dos consumidores, conjugando a saúde, a moral e a criminalidade. Têm assim presentes “*o perigos que aquele consumo comporta para a saúde física e moral dos indivíduos, e a sua não rara interpenetração com fenómenos de delinquência*”, associando o consumo à criminalidade<sup>221</sup>, bem como a saúde física e moral decorrente da Convenção Única de 1961.<sup>222</sup>

Desta forma, o uso de drogas continuou a ser entendido como transgressão penal, mas de uma maneira reforçada, emergindo o consumidor como destinatário da reação formal, remetido ao estatuto de delinquente (arguido) ainda que quase exclusivamente ao nível da primeira geração transgressiva (posse e consumo), iniciando-se desta forma a associação entre droga e crime.<sup>223</sup> No entanto, o Estado afigurava como necessário a aplicação de molduras penais mais graves, bem como a distinção legal de consumo e tráfico.

---

<sup>218</sup> *Idem.* p. 239

<sup>219</sup> Cândido da Agra entendia tratar-se de uma “(...) estratégia de defesa do regime”, ocultando com a sua atuação os verdadeiros problemas sociais existentes, criando uma coesão nacional face a um inimigo comum.

<sup>220</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas...* (*op. cit.*). p.243

<sup>221</sup> Sendo que, ao consumir, iria praticar mais crimes, pelo que se deveria criminalizar o consumo igualmente.

<sup>222</sup> *Idem.* p.244

<sup>223</sup> Agra & Poiares, 2003 *apud* FONSECA, Cristina Reis – Consumo de Drogas: Crime ou Contra-Ordenação, in *Saúde Mental*, vol VIII, n.º4 Julho/Agosto 2006. P.14

Após a revolução de 25 de Abril de 1974, a conjuntura política, económica e social de Portugal alterou-se. Com o Decreto-Lei n.º 745/75, de 31 de dezembro, surgiram o Centro de Estudos da Juventude (C.E.J.)<sup>224</sup> e o Centro de Investigação Judiciária da Droga (C.J.I.D.), tendo como prioridade os jovens.<sup>225</sup> Já o Decreto-Lei n.º 791/76, de 5 de Novembro, estruturou o Centro de Investigação e Controlo de Droga, substituindo o Centro o C.I.C.D.), competindo a esta entidade a realização de estudos, a análise de informação relativa aos crimes relacionados com a droga bem como de indícios de crimes relacionados com a droga, a difusão dessa informação para os respetivos órgãos funcionais na luta contra a droga, o controlo das substâncias lícitas no mercado ilícito, e manter/apoiar a cooperação internacional.

A partir de 1975 verificou-se ainda uma maior entrada de droga no país, o que, com a verificação, por ex., do que Cândido de Agra refere como “Flagelo do liamba”, enunciando como causas para o aumento do consumo o retorno de cidadãos residentes nas províncias ultramarinas com hábitos de consumo de liamba, facto este acompanhado da dificuldade dos jovens em vingar no mundo profissional<sup>226</sup>, tornam a droga mais presente e, como tal, com maior influência na sociedade portuguesa.

Reconhecendo-se assim a droga como um problema multifacetado, de escala mundial, como que de uma epidemia se tratasse, e o consumidor como um doente, visto o uso das drogas “*conduzir a um enfraquecimento, e até uma escravização da vontade e, por isso mesmo, deverá estar imune [...] a uma imputação de culpa*”<sup>227</sup>, surgiu o Decreto-Lei n.º 792/76, de 3 de Setembro, definindo a intervenção Estatal de uma perspectiva clínico psicossocial, conceção já existente em vigor no Oriente, admitindo a dificuldade em responsabilizar o consumidor.

Conforme consta do seu preâmbulo, são identificados dois aspetos fundamentais no que concerne a droga: o seu consumo e consequências<sup>228</sup>, e o tráfico ilícito<sup>229</sup>. Como objetivos primordiais tinha a criação de equipas médico-psico-sociais, com a sua

---

<sup>224</sup> Que posteriormente se passou a denominar de Centro de Estudos da Profilaxia da Droga.

<sup>225</sup> Destacou-se ainda no preâmbulo do Dec. Lei 791/76, de 5 de Novembro, a importância dos jovens e dos meios escolares, prevendo um “*Uma atenção redobrada passarão a merecer os meios escolares, que recentemente surgiram como terreno propício à procura de drogas e à utilização da difusão destas como arma política de corrupção e de destruição social.*”

<sup>226</sup> DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em Portugal... (op. cit.). P.41

<sup>227</sup> Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 792/76.

<sup>228</sup> Integrado no âmbito do Centro de Estudos da Profilaxia da Droga

<sup>229</sup> Da competência do Centro de Investigação e Controlo da Droga.

intervenção dirigida tanto às comunidades como à população em geral.<sup>230</sup> Como explica Carlos Poiares, com a criação de mecanismos de combate à droga, “*o Poder lançou uma nova modalidade de combate ao fenómeno, operando através de mecanismos de vocação psicossocial, clínica e policial*”, de forma a intervir nas demais manifestações da droga, adotando a política de feição de cariz mais científico. Desta forma, o toxicodependente é considerado um delinquente, sendo a sua dependência – doença - um aspeto relevante na culpa a atribuir ao agente pelas suas condutas, acabando a vontade onde acaba a culpa.<sup>231</sup>

Ora, entre a promulgação do Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro, e o final de 1983, a população portuguesa familiarizou-se com o consumo da droga, criando uma visão popular mais consciente do fenómeno e das supostas consequências.

No ano de 1978 foi publicado um relatório das Nações Unidas, fazendo apelo à biopsicologia da utilização de drogas, admitindo a existência de um risco efetivo para o indivíduo que consuma uma vez caia na toxicomania (IV – n.º2 al.a)), e apelando ainda à aplicação de uma solução interdisciplinar e flexível (IV – n.º2 al.b)), coincidente com a realidade multifacetada inerente ao fenómeno.

Na década de 80 a heroína destacou-se face ao consumo de drogas leves, trazendo novos e graves problemas sociais com o seu consumo, concretamente a SIDA (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida), facilmente difundidos pela população toxicodependente em virtude do consumo de drogas via administração endovenosa (seringas), levando à vigência do paradigma biopsicossocial. Foi assim nos anos 80 que, tal como sucedera na generalidade dos países da Europa em geral, as drogas alcançaram todas as classes sociais.<sup>232</sup> No entanto, contrariando as tendências dos países desenvolvidos da Europa e dos E.U.A., o consumo de heroína em Portugal aumentou face à década anterior, sendo a sua qualidade de menor pureza, factos que constituíram um grave risco para a população.<sup>233</sup> Já na segunda metade da década de 80, além do flagelo da heroína na população portuguesa, vulgarizou-se ainda o consumo habitual de cocaína.<sup>234</sup>

A diversificidade inerente ao consumo é constatada nos anos 80, como Fernandes refere, caracterizada por uma nova droga (heroína), por um novo mercado, novos atores

---

<sup>230</sup> No âmbito de prevenção, previa a implementação de sessões de informação e esclarecimentos, nomeadamente no seio escolar, bem como através da difusão dos meios de comunicação, a criação de unidades de internamento para tratamento intensivo, a criação de locais de convívio, ocupação e cultura, como meio de ocupação e diversão das drogas, e a detecção e intervenção em bairros de risco.

<sup>231</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas...* (op. cit.). P.375

<sup>232</sup> AGRA; Cândido da – *Entre Droga e Crime ...* (op. cit.). P.57

<sup>233</sup> DIAS, Lúcia Nunes - *As Drogas em ...* (op. cit.). P.159

<sup>234</sup> *Idem.* P.200

sociais e por um novo tipo de territórios “*uns relativamente visíveis, porque são feitos de ruas, de esquinas ou de partes de bairros; outros relativamente ocultos porque são feitos de clubes nocturnos de entradas seleccionadas, de apartamentos ou de “metings” privados*”<sup>235</sup>.

Já a droga tomou uma relevância particular em Portugal, em consequência das “*debilidades económicas, demográficas e sociais emergentes do pesadíssimo ónus trazido pelo regresso dos desalojados das ex-colónias*”, refletindo-se num aumento populacional e consequentes problemas socioeconómicos, que passavam por problemas com necessidades básicas de alimentação e habitação, levando a uma maior marginalização por parte da população que, com reduzido poder de compra e com o desemprego verificado, surge associado às práticas de crimes relacionados com a droga.<sup>236</sup> Tal como explica Anabela Rodrigues, a conjugação do desemprego e marginalidade, bem como da relação recíproca entre ambos os fatores, proporcionam ao mercado criminal os delinquentes necessários, os quais designa de “soldados rasos das empresas de criminalidade global”.<sup>237</sup>

Surgiu assim o Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, decorrente da ratificação de Portugal da Convenção Única de 1961 sobre os estupefacientes e da adesão à Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de em Dezembro de 1971. Assim, tal como sucedera em 1970, continuou-se a reprimir severamente o tráfico de droga, colocando as medidas de combate existentes na luta contra o terrorismo ao serviço da luta contra a droga, admitindo a ineficácia do efeito dissuasor de penas severas na repressão da droga. Correlacionou-se ainda o tráfico de droga com a criminalidade organizada e o branqueamento de capitais, considerando uma “ilusão” a comparação que assemelhe os problemas advindos do consumo de drogas ilícitas e os advindos do tabagismo e o álcool.<sup>238</sup>

Como ponto positivo a destacar com a publicação deste Decreto-Lei apontamos a admissão do tratamento do consumidor como alternativa de submetê-lo ao estigma relacionado com a via judicial, possibilitando-lhes preservar ou recuperar a saúde, normalmente já atingida em profundidade. De facto, admitem que o toxicodependente, e como tal cidadão doente, causa problemas à saúde pública, sendo intenção do legislador incentivar o seu tratamento. No entanto, como ainda refere Poiares, por vezes o tratamento

---

<sup>235</sup> Fernandes, 1993, p.200 *apud* DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em Portugal ... (*op. cit.*). P.200

<sup>236</sup> *Idem.* P.52

<sup>237</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos ... (op. cit.)*. p.165

<sup>238</sup> *Vide* Preâmbulo do Decreto-Lei 430/86, de 13 de Dezembro

surge como uma negociação integrada num contexto de pressão, coação ou mesmo de chantagem (“*Ou aceitas o tratamento ou és preso!*”).<sup>239</sup>

Como explica Poiares acerca do supra mencionado Relatório das Nações Unidas, seguindo a ótica do princípio de oportunidade, a lei processual penal poderá submeter à apreciação das entidades judiciais – tribunais e Ministério Público, o desencadeamento ou não da promoção penal, sempre que tal lhe afigure vantajoso nos objetivos que pretendem alcançar. Desta forma, verifica-se em certas situações um sistema híbrido, em que se “*pune objectivamente e despenaliza subjectivamente*”<sup>240</sup>.

Para tal, previa o art.23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, relativamente às drogas que constavam das Tabelas I a III <sup>241</sup>, que o tráfico tinha como sanções jurídico-criminais a pena de prisão de 6 a 12 anos e pena de multa nos termos do n.º1 do art.23.º, agravada pelo n.º2, quando portador de licença que trafique nas aceções previstas no n.º1, indo de 8 a 16 anos ou pena de multa. Quanto ao tráfico de quantidades diminutas (1 dose diária) seria punido com pena de prisão de 1 a 4 anos ou pena de multa. O traficante-consumidor assemelhava-se ao que a Lei atual considera como consumidor, sendo aplicado pena de prisão de 1 ano ou de multa se praticar as condutas no art.23.º n.º1 para uso pessoal. Puniam ainda severamente a associação criminosa, aplicando penas de prisão de 10 a 16 anos ou pena de multa, e o incitamento ao consumo com pena de prisão de 1 a 3 anos.

Relativamente à punição dos consumidores, previa o art.36.º prisão até 3 meses ou multa até 90 dias, ou a aplicação da admoestação ou da dispensa de pena, nos termos do art.75.º C.P., e a pena de multa até 30 dias, admoestação ou dispensa de pena quando tenha finalidades terapêuticas.

Tal como referido, nos termos do seu n.º2, no caso do toxicodependente a pena pode ser suspensa mediante tratamento, e ao poder judicial é atribuída a capacidade de optar ou não pelo exercício penal no caso de o arguido ser um indivíduo com menos de 21 anos, e este for o seu primeiro processo criminal pela prática do crime de consumo. Não havendo uma clara distinção entre a relação droga-crime e droga-doença por parte do legislador, caberia ao julgador apreciar, no caso concreto em apreço, todas as

---

<sup>239</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas... (op. cit.)*, p.127

<sup>240</sup> *Idem.* p.396

<sup>241</sup> Vide art.4.º do Dec. Lei 430/83, de 13 de Dezembro, onde se abarcam as substâncias consideradas as mais perigosas, e onde se incluíam, entre outros, os opiáceos, as folhas de coca e derivados, e a cannabis sativa e seus derivados.

circunstâncias, psicológicas e sociais, “*conferindo-lhe a função de adequar o legislador à realidade que caso representa*”.<sup>242</sup>

Iniciou-se assim o paradigma biopsicossocial, assumindo o legislador a preeminência sobre o estado mental do consumidor, tentando reduzir o estigma social implícito com o proibicionismo, tentando reintegrá-lo na sociedade, sendo o toxicodependente visto como um cidadão gravemente afetado na sua saúde.

Com a proliferação das drogas, a partir dos anos 90 os discursos políticos demonstravam uma maior preocupação com as drogas, nomeadamente nos seus âmbitos de aplicação na prevenção, no tratamento, na reinserção (do consumidor essencialmente) e repressão do tráfico.

De facto, com a aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas em 1988, ratificada em 1991 pelo Estado Português, diploma que visava essencialmente a) neutralizar as organizações criminosas, bem como a corrupção daí advinda, privando os traficantes do produto resultante da prática criminosa; b) controlar e fiscalizar mais eficazmente os percursores, tentando eliminar o mal pela raiz; e c) colmatar as lacunas na legislação das drogas até então e potencializar os meios jurídicos de cooperação internacional em matéria penal, o Governo<sup>243</sup> publicou o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Continuando o trabalho do Decreto-Lei n.º 430/83, o Decreto-Lei n.º 15/93 manteve a perceção de que “*o consumidor de drogas é sancionado pela lei vigente de maneira quase simbólica, procurando-se que o contacto com o sistema formal da justiça sirva para o incentivar ao tratamento, na hipótese de ter sido atingido pela toxicodependência*”, ou mesmo com o objetivo de dissuadir o consumo. Evidenciam assim claramente a intenção de evitar que o consumidor seja etiquetado e consequentemente marginalizado - “*enfim, que o seu semelhante o não empurre para becos sem saída ou que a saída acabe mesmo por ser a droga*”.<sup>244</sup>

No entanto, enquanto anteriormente o escopo do legislador era “*evitar a degradação e destruição de seres humanos, provocados pelo consumo de estupefacientes, que aquele tráfico indiscutivelmente potencia*”, colocando em risco bens jurídicos como a vida, a integridade física, a liberdade dos consumidores de estupefacientes, afetando ainda

---

<sup>242</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas...* (op. cit.). P.391

<sup>243</sup> Autorizado pela Assembleia da República nos termos dos arts. 164.º al. d), 168.º n.º1, al. b), d) e q), e 169.º n.º3 da C.R.P, através da Lei n.º 27/92, de 31 de Agosto.

<sup>244</sup> Vide preâmbulo do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

a vida em sociedade pelo facto de dificultar a inserção social dos consumidores e ter efeitos criminógenos comprovados<sup>245</sup>, posteriormente, e como sucede atualmente, o bem jurídico tutelado pelo tipo do tráfico de estupefacientes tem sido doutrinal e jurisprudencialmente entendido na ordem sanitária e social, interpretado como a saúde pública enquanto bem jurídico<sup>246</sup>, “*senão mesmo a protecção da própria humanidade, quando encarada na sua destruição a curto ou longo prazo*”<sup>247</sup>. Como bem jurídico, a saúde pública é o primeiro argumento invocado pelos defensores do proibicionismo, sendo entendido como fundamental para o livre desenvolvimento ético da pessoa, e ao bom funcionamento da sociedade.<sup>248</sup>

Assim, os bens jurídicos passíveis de tutela através dos tipos legais do tráfico e consumo podem ser a saúde pública, a saúde da sociedade/saúde pública, e a paz pública, tendo como por objetivos a proteção contra o risco em si mesmo, através, por ex., do controlo de qualidade, a repressão das drogas e redução de custos com o tratamento, bem como o afastamento das drogas e do seu consumo em locais públicos e de risco.<sup>249</sup>

Assim, conforme consta do texto da lei, a partir de 21 de Fevereiro de 1993, nos termos do art.21.º n.º1, ao traficante<sup>250</sup> será aplicada uma pena de prisão de 4 a 12 anos, prevendo-se a sua qualificação no art. 24.º e o seu tipo privilegiado no art.23.º. Para o traficante de menor gravidade, prevê o art. 25.º, que será de aplicar, depois de considerado todas as circunstâncias em que se integram os factos por si praticados, isto é, os meios utilizados, a qualidade ou quantidade das substâncias ou preparações, o número de pessoas envolvidas, bem como os montantes envolvidos, entre outros.<sup>251</sup> Já para o consumidor que trafica com o mero propósito de satisfazer o seu próprio consumo, o legislador previu o tipo de Traficante-Consumidor, no art. 26.º, criando um tipo menos gravoso para o

<sup>245</sup> Ac. Trib. Constitucional de 06.11.91, in B.M.J. 411-56 *apud* LOBO, Fernandes Gama, Droga... (*op. cit.*). P.43

<sup>246</sup> *Ibidem*.

<sup>247</sup> Ac. S.T.J., de 18.10.95, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) *apud* LOBO, Fernandes Gama, Droga... (*op. cit.*). P.44

<sup>248</sup> COSTA, Eduardo Maia – Novos rumos da política sobre drogas... (*op. cit.*). P.11

<sup>249</sup> KARSAI – As questões fundamentais de uma legislação penal sobre as drogas, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 19, vol.92, set-out, Editora Revistas dos Tribunais, 2011. Pp.97-120. ISSN 1415-5400. P.103

<sup>250</sup> “Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III (...)”

<sup>251</sup> De facto, “A jurisprudência do STJ dos últimos anos, tem vindo a alargar o campo de aplicação do aludido art.25.º, a tudo quanto seja pequeno tráfico, aos “dealers” ou “retalhistas” de rua, sem ligações a quaisquer redes e quase sempre desprovidos de quaisquer organizações ou de meios logísticos, e sem acesso a grandes ou avultadas quantidades de drogas enfim, os pequenos tentáculos situados na base da grande pirâmide do narcotráfico. (...)” in nota de pé da página do Ac. Do S.T.J. De 29.09.05, in CJ-XIII-III-219 LOBO, Fernandes Gama, Droga... (*op. cit.*). P.85

“Revelará ainda a forma como a droga circulava ou era ocultada das autoridades, o número de pessoas adquirentes da droga, o seu perfil (crianças, jovens, adultos), a persistência dos actos ilícitos, os montantes pecuniários envolvidos no negócio do tráfico, os lucros próprios e alheios desse negócio, etc...” in LOBO, Fernandes Gama, Droga – Legislação, 2ª edição, Quid Iuris, 2010. P.686. ISBN 978-972-724-508-6. P.87



consumidor que não faça do tráfico modo de vida, mas um meio de sustento do seu próprio consumo. Como explica Eduardo Costa, “*O agente trafica porque para isso é empurrado pela necessidade de obter estupefacientes para consumir, não possuindo dinheiro para o fazer. É esta «situação exterior» - a toxicodependência, aliada à carência financeira – que lhe diminui a culpa*”<sup>252</sup>

Relativamente às associações criminosas, prevê a pena de prisão de 10 a 25 anos para quem fundar ou financiar um grupo, organização ou associação que vise praticar os tipos previstos nos arts. 21.º e 22.º pena de prisão de 5 a 15 anos para quem prestar colaboração, e de 12 a 25 anos para quem chefiar a organização, considerando que o associativismo criminoso se configura na ordem jurídica, como um dos crimes mais graves, pelo nível de perigosidade inerente. O que se pune é o nível organizacional que atingiram e que representam um grave perigo para os bens comunitários. Quanto ao bem jurídico a proteger com esta incriminação, consiste essencialmente na paz pública”<sup>253</sup>, decorrendo esta norma do art.º3.º n.º5 a) da Convenção de Nova Iorque de 1988. Sendo este crime, tal como o crime de branqueamento de capitais e a criminalidade organizada tipos-ilícitos autónomos, os agentes poderão incorrer na prática dos três crimes em concurso real.

Como forma de persuadir os agentes a colaborar com as autoridades no desmantelamento das organizações criminosas, bem como que a prática de crimes danifique (ainda mais) a sociedade, o legislador previu a possibilidade de atenuação ou dispensa de pena no art.31.º (sendo apenas aplicado ao tipo previsto no art.21.º, e não ao tipo qualificado ou privilegiado), sendo que, para a sua eficaz aplicação, ter-se-á de apreciar cautelosamente o verdadeiro arrependimento do arrependimento conveniente.<sup>254</sup>

Relativamente ao regime geral de suspensão da pena ou dispensa da pena, previstos no art.31.º, de referir que a pena poderá ainda ser suspensa, verificados os condicionalismos legais nos termos dos arts.º 50.º a 57.º do C.P., bem como o regime especial de atenuação de pena para jovens, sendo de aplicar o Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro, que determina a aplicação de uma atenuação especial quando o agente

---

<sup>252</sup> COSTA, Eduardo Maia, in *Rev. Min. Pub.*, n.º83, pág.186 apud LOBO, Fernandes Gama, Droga ... (op. cit.). P.91

<sup>253</sup> COSTA, Eduardo Maia, in *Rev. Min. Pub.*, n.º83, pág.186 apud LOBO, Fernandes Gama... (op. cit.). P.96

<sup>254</sup> Como refere Fernandes Gama Lobo, “*No caso deste artigo, deve ter-se muita atenção aos vocabulários «voluntariamente», «considerável», «seriamente» e «concretamente», que impõe aos arguidos que pretendam beneficiar do instituto, comportamentos activos muito definidos, que denotem arrependimento sincero e não meramente oportunista, como em regra acontece*” in LOBO, Fernandes Gama, Droga... (op. cit.). P.102

tiver idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, e quando de tal aplicação se entender existir vantagens na reinserção social do jovem.

Relativamente ao consumo, o legislador previa no art.40.º do Decreto-Lei n.º 15/93 pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias, como sucedera anteriormente, e de pena de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias se, para consumo próprio, o agente possuísse quantidade superior ao equivalente a 3 dias de consumo, podendo ser a pena dispensada no caso de consumidor ocasional. Conforme explica Jorge Quintas, *“As penalidades assumem, contudo, essencialmente, um carácter simbólico, sendo privilegiadas as medidas terapêuticas. O consumo, sendo censurado por via criminal, é punido de forma a incentivar o dependente, através do contacto com o sistema judicial, ao tratamento”*.<sup>255</sup>

Já no final da década de 90, verificou-se um aumento no consumo de drogas em Portugal, o que levou ao Governo reforçar a política interna no que diz respeito a prevenção primária, ou seja, sobre o consumo.<sup>256</sup> De facto, nos finais dos anos 90 verificava-se uma maior tendência relativamente ao consumo de *cannabis*, *haxixe* e *ecstasy*, facto que determinaria a decadência do modelo repressivo que vigorava desde 1970 até um modelo de descriminalização do consumo de drogas. Ainda nos finais dos anos 90, verificar-se-ia uma maior produção e comercialização clandestina de anfetaminas e estimulantes, nomeadamente o ecstasy, provocando um impulso no mercado das drogas sintéticas em Portugal. De facto, enquanto que os mercados globais de cocaína, heroína e cannabis permanecem estáveis ou encolhem um pouco, a produção e o abuso, quer de medicamentos, quer de drogas sintéticas, aumentaram.<sup>257</sup>

Quanto à graduação, e em conformidade com o teor do seu preâmbulo, as substâncias que integram o anexo do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, incluem, taxa e gradualmente, a gravidade e danosidade das mesmas para com a sociedade, sendo as mais graves, e aquelas às quais se aplicam as penas mais severas, as constantes das Tabelas I a III.<sup>258</sup>

---

<sup>255</sup> Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas... (*op. cit.*). P.117

<sup>256</sup> DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em Portugal... (*op. cit.*). P.322

<sup>257</sup> KARSAI – As questões fundamentais de uma legislação penal sobre as drogas... (*op. cit.*).

<sup>258</sup> Não obstante, existem atualmente outras distinções aplicáveis, como é o caso da prevista pela Comissão de Inquérito de Parlamento Europeu, que prevê: a) Drogas ultra duras: heroína e crack; b) Drogas duras: morfina, cocaína, fenilidina, metadona e petidina; c) Drogas semi-duras: anfetaminas, barbitúricos, LSD, psilocibina, mesclaina, solventes químicos e absinto; d) Drogas semi-suaves: ópio, haxixe, lehar, coca, tabaco; e) Drogas suaves: cannabis, álcool fermentado, fitol, cogumelos alucinogêneos, codeína e tranquilizantes; e f) Drogas ultra suaves: chá, café e chocolate, *in* LOBO, Fernandes Gama, Droga... (*op. cit.*). P.29

Findo o século XX, face ao desenvolvimento do conhecimento científico acerca dos comportamentos aditivos, o legislador verificou que a criminalização do consumo de estupefacientes não era o meio eficaz e idóneo com vista à diminuição do número de consumidores <sup>259</sup>. Consciente deste facto, o governo nomeou uma comissão, em 1998, compreendida por cientistas e técnicos, “*articulando práticas, experiências e saberes, com vista ao reequacionamento e à avaliação das políticas*” <sup>260</sup> Desta Comissão surgiu a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, sendo em consequência das suas conclusões que a Assembleia da República aprova a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, a vigorar a partir de 1 de Julho de 2001. (art.29.º), e que viria a ter aplicação prática através das Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência.

Assentado num quadro de intervenção completo, e reconhecendo a importância e interdependência de sete componentes essenciais: prevenção primária, tratamento, reinserção social, redução de riscos e minimização de danos, dissuasão, cooperação internacional e branqueamento de capitais, em 1999 é aprovada a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga (E.N.L.C.D.) através da publicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio.<sup>261</sup>

Esta Estratégia, consequência do entendimento de que era “*tempo de adoptar, finalmente, uma verdadeira estratégia nacional de luta contra a droga, na linha do que já suced[ia] em diversos países*”, tinha como convicções essenciais a) o reconhecimento da dimensão transnacional do problema (Pr. Cooperação Internacional), b) o reconhecimento do toxicodependente como um doente que necessita e tem direito a tratamento (Pr. Humanista); c) a exigência da aplicação de uma atitude pragmática contra os danos dos toxicodependentes na saúde pública, bem como relativamente às inovações científicas relativas à droga (Pr. do Pragmatismo); d) a necessidade de uma maior prevenção, entendendo que “*dos males o menos*” (Pr. da Prevenção); e e) o reconhecimento da necessidade de reforçar o combate ao tráfico e consequente branqueamento de capitais, e consequentemente a necessidade de maior segurança face aos crimes contra a sociedade (Pr. da Segurança). Além destes cinco princípios, assentou esta iniciativa ainda nos princípios de coordenação e racionalização de meios, da subsidiariedade e da participação.

---

<sup>259</sup> FONSECA, Cristina Reis – Consumo de Drogas: Crime ou Contra-Ordenação, in Saúde Mental, vol VIII, n.º4 Julho/Agosto 2006.P.39

<sup>260</sup> Poiães, 2001 *apud* FONSECA, Cristina Reis – Consumo de Drogas... (*op. cit.*).P.41

<sup>261</sup> Publicada no *Diário da República – I Série-B*, n.º122 – 26-5-1999, PP.2972-3029

Como objetivos gerais prevalece a manutenção de informação atualizada sobre a droga, toxicodependência e consequências/perigosidade, a redução do consumo de drogas, em especial dos jovens, garantir o acesso dos toxicodependentes a tratamento e a meios de alcançar a sua (re)socialização, defender a saúde pública e segurança, de pessoas e bens, e reforçar a intervenção repressiva do tráfico de drogas e branqueamento de capitais.<sup>262</sup>

Relativamente às opções estratégicas fundamentais, consistiam na descriminalização do consumo de drogas, aplicando-lhe o regime das contraordenações, a prevenção primária e a mobilização de jovens, sua família, escolas, instituições da sociedade civil e meios de comunicação, destacando sempre a importância dos jovens e populações de risco. Efetivamente, verificado que à data se previa que o consumo de cannabis, por ex., rondaria entre os 5% aos 20%/30% da população da U.E., e que quase 20% da população da U.E. havia consumido recentemente (12 meses anteriores à publicação da Estratégia), bem como que a própria dimensão do negócio ilícito da droga ameaçava a estabilidade das economias e mercados financeiros, as políticas implementadas até à data demonstravam-se ineficazes, levando à procura por opções viáveis.

De facto, e em conformidade com o sobredito, *“o que a Comissão para a Estratégia Nacional de Combate à Droga propôs no seu relatório final foi, por unanimidade, a descriminalização do consumo privado de drogas (constantes das tabelas) e, por maioria, a descriminalização da detenção (ou posse) e da aquisição dessas drogas para esse consumo privado”*.<sup>263</sup> Para tal, questionava-se na E.N.L.C.D. se a liberalização conduziria à formação de preço das drogas através das regras do mercado numa *“lógica livre entre a oferta e a procura, conjugada com os efeitos das políticas fiscais que poderiam reger-se pelo grau de perigosidade das diferentes drogas”*.<sup>264</sup> Assim, e admitindo que *“O comércio passivo reconhece que “as drogas não são mercadorias como as outras. Elas não podem por isso ser sujeitas ao direito comum da concorrência, que tem por objectivo activar a oferta e estimula a procura. E também não poderão beneficiar de todas as vantagens da liberdade do comércio e da indústria, designadamente dos meios clássicos de promoção de venda (...)”*,<sup>265</sup> *“(...) a ideia de comércio passivo terá necessariamente de passar pelo estabelecimento de regras de condições de acesso à*

<sup>262</sup> Face aos problemas relacionados com a SIDA e a “visibilidade pública dos territórios psicotrópicos de consumo”, desenrolaram-se programas de troca de seringas e programas de substituição de substâncias e a constituição de programas de apoio para os toxicodependentes, o governo viria a criar Decreto Lei n.º 183/2001, de 21 de junho.

<sup>263</sup> DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em Portugal... (op. cit.).s P.117

<sup>264</sup> DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em... (op. cit.).P.117

<sup>265</sup> Caballero, F. (1992) Teoria do direito da droga. *Sub Iudice*. Lisboa, Maio-Agosto: 3. 90 *apud* DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em ... (op. cit.). P.117

*actividade, licenciamento, localização, horários de funcionamento, proibição de vendas a menores, bem como de marcas, insígnias e publicidade, fiscalização, controlo de origem e de qualidade.”*

No entanto, de entre as alternativas anti proibicionistas – mera legalização do consumo, regulação e liberalização -, nenhuma delas era considerada uma real alternativa, pelo que qualquer outra opção legislativa tomada seria *“susceptível de ser acusada de alguma hipocrisia ou de inconsequência, na medida em que o consumo, apesar de lícito, não poderia efectuar-se sem o envolvimento com a marginalidade de um mercado clandestino, alimentando um negócio ilegal”*, e que *“a mera legalização do consumo implicaria o desaparecimento de qualquer desvalor desse consumo na letra da lei”*, aceitando-se como um comportamento lícito com as consequências daí advindas, nomeadamente a influência na opinião pública.

Relativamente às alternativas proibicionistas que se estendem para além da criminalização, estas afiguravam-se mais adequadas. De facto, como consta da Estratégia, *“(…) pode conceber-se uma alternativa (...) em que a ilicitude se traduz num ilícito de mera ordenação social, cujas infracções configuram contra-ordenações, dando lugar apenas a sanções administrativas, por regra a coima e outras sanções ou medidas acessórias, ou alternativas, aplicadas por autoridades administrativas, sem prejuízo do direito de recurso para os Tribunais”*. Neste sentido, foi proposto pela Comissão *“a descriminalização do consumo privado de drogas (...) e, por maioria, a descriminalização da detenção (ou posse) e da aquisição dessas drogas para esse consumo privado”*, excluindo assim as vertentes de liberalização e da regulação do comércio de drogas. Esta exclusão afigura-se ainda necessária face às convenções europeias, impondo estas *“uma proibição do consumo, no sentido de uma impossibilidade de total liberalização”*, sendo que a opção de descriminalizar pelo legislador remeterá obrigatoriamente para a intervenção do ramo administrativo. Enfatizam ainda o facto de que *“descriminalizar não significa despenalizar”*, assumindo que *“a sanção mais frequentemente aplicada aos consumidores não têm constituído a resposta adequada ao problema do mero consumo de drogas”*, sendo então necessário alterar o paradigma punitivo.

É no sentido desta inadequação que Figueiredo Dias explica que *“uma criminalização só se revelaria ineficaz e a total descriminalização das drogas constituiria*

*uma solução não menos calamitosa.*”<sup>266</sup>, reduzindo-se desta forma a competência formal do Direito Penal ao direito de mera ordenação social. Distinguindo-se, como Fernandes Lobo explica, porque *“Formalmente [a contraordenação], não pertence ao mundo do crime, mas sim ao mundo da «mera» ordenação social. Teoricamente, segundo autores clássicos, o ilícito contraordenacional distingue-se do ilícito criminal pelo facto da conduta típica não ser violadora de uma qualquer ordem ético normativa, adstrita a valores fundamentais, constitucionalmente protegidos, mas sim pura e simplesmente, violadora de uma «mera» estrutura ordenativa de natureza social, axiologicamente neutra, a punir com uma coima (...)”*.<sup>267</sup>

Para tal, através do n.º1 do art.2.º da Lei 30/2000, de 29 de Novembro, converteu-se o consumo de drogas – bem como necessariamente a aquisição e detenção para consumo pessoal – de crime em contraordenação. No entanto, de maneira a usufruir deste regime mais favorável, o consumidor tinha como limite máximo a detenção ou aquisição de quantidade superior ao necessário para o consumo de dez dias, conforme n.º2 do art.2.º, e nos termos do mapa anexo à Portaria n.º 94/96, de 26 de Março. Relativamente ao cultivo manteve-se a sua proibição<sup>268</sup>, compreendendo-se que não se queira aumentar a possível quantidade de droga a circular, não obstante evitar que grande parte dos consumidores integre, ou entre em contacto, com meios delinquentes/marginalizados, e que os lucros sejam distribuídos essencialmente por entre as organizações criminosas, organizações estas versáteis e adaptáveis aos entraves causados pelas leis e pelo aparelho Estatal.

No que diz respeito à descriminalização operada pela Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, Carlos Poiães explica que a própria lei consiste essencialmente na necessidade de alternar o regime vigente, *“reflectindo a preocupação de estabelecer um regime alternativo ao anterior, (...) em uma tentativa injustificada de “aliviar” as nossas prisões*”<sup>269</sup>, bem como o sistema penal. E, de facto, em 2013 foram abertos 8729 processos de contra-ordenação, o que seria um peso considerável no sistema judicial.

Como continua o Professor, *“esta lei traduz também uma convicção importante, a de necessidade de o Direito emendar a mão: é que, durante um período demasiadamente longo, privilegiou-se, em matéria de drogas, o vigiar e punir em detrimento do prevenir e*

---

<sup>266</sup> Figueiredo DIAS, J. - Uma Proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização da droga. *Revista Jurídica de Macau*. Janeiro / Abril. P.17

<sup>267</sup> LOBO, Fernandes Gama, Droga... (*op. cit.*). P.323

<sup>268</sup> Nos termos do art.40.º do Dec-Lei 15/93, do art. 28.º e 2.º da Lei 30/2000

<sup>269</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de Droga – Reflexões sobre o Quadro Legal, Almedina, 2014, 4ª edição, p.53

*tratar, confiando-se aos juristas (advogados e magistrados) e aos técnicos penitenciários aquilo que não lhes compete e que desconheciam”*<sup>270 271</sup>

Há ainda quem entenda que a descriminalização teve como objetivo desenvolver uma intenção mais humana e eficaz, surgindo para o efeito autoridades administrativas – “Comissões para a dissuasão do uso”, que, de certa forma, substituíram em parte os tribunais, tendo como objetivo primordial dissuadir o consumo de drogas. Já em termos atuais, a descriminalização pode ser entendida como permissiva, podendo efetivamente levar a mais consumos de drogas. Ao mesmo tempo e, em contrapartida, é suscetível de originar maiores recursos financeiros com o objetivo de proporcionar a tratamento aos consumidores.<sup>272</sup>

Mais ainda, a descriminalização efetuada sobre o consumo mantém pela via contraordenacional a censura social e jurídica do consumo de drogas, podendo indicar, quer pouca *“coragem política para assumir a rutura, em particular no quadro político da União Europeia e, por outro, uma tendência para concretizar um novo modelo, sem penas nem coimas, num futuro a longo prazo.”*<sup>273</sup>

De facto, a formulação resultante da E.N.L.C.D. considerou o princípio da cooperação internacional na dimensão mundial do problema da droga como limite à margem de manobra de movimentação política nacional, implicando a definição e concretização de estratégias ou iniciativas comuns, encontrando-nos perante um *“imobilismo nacional com fundamento na pretensa inflexibilidade do convencionalismo internacional”* que impõem desde 1971 a penalização do consumo [vide artigo 36º. Da Convenção Única sobre os Estupefacientes (1961), na redação introduzida pelo Protocolo (1972) e artigo 22º da Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de Viena (1971)]<sup>274</sup>

Relativamente às sanções aplicadas ao consumidor, compete às C.D.T. determinar, quando não se aplique coima ao consumidor toxicodependente ou demais sanções (art.16.º e 17.º n.º2) entre várias vias, que permitam a recuperação, reinserção e reintegração do

---

<sup>270</sup> POIARES, Carlos – Variações sobre a Droga, in Revista TOXICODPENDÊNCIAS, 6ª ed., vol.7 n.º2, 2001, p.69

<sup>271</sup> “Esta opção descriminalizadora é assumida como decorrência do princípio da subsidiariedade ou da última ratio do Direito Penal e da proporcionalidade, bem como dos seus colorários, os subprincípios da necessidade, da adequação e da proibição do excesso (n.º26), proclamando-se “... a criminalização não se justifica por não se rmeio absolutamente necessário ou sequer adequado para enfrentar o problema do consumo de drogas e dos seus efeitos, sem dúvida nefastos”. Quer dizer: sem embargo de se reconhecer a perniciiosidade do uso de drogas, admite-se a ineficácia, inoperância e injustificação do recurso à intervenção criminalizadora, o que determina o abandono da concepção predominante em Portugal desde 1924 e reforçada entre 1970-1983. O Poder reconhece (enfim!) a injustiça de enviar para as prisões pessoas cujo único delito foi a de posuírem e consumirem substâncias ilegais”.

<sup>272</sup> Quintas, Jorge, *Regulação Legal do Consumo de Drogas...* (op. cit.). 305

<sup>273</sup> POIARES, Carlos – Variações sobre a Droga, ... (op. cit.). p.68

<sup>274</sup> POIARES, Carlos – Variações sobre a Droga... (op. cit.). p.68-69

*indiciado* na sociedade e previnam o consumo de drogas, funcionando o art. 19.º como o recurso obrigatório ao princípio da oportunidade, sem embargo que, ao *indiciado* que não cumpra a sanção imposta, não lhe possa ser aplicado o crime de desobediência, caso contrário, como Manuel Valente explica, seria admitir que “afinal a contraordenação justifica a prisão, ou só funciona perante a ameaça última da pena privativa de liberdade.”<sup>275</sup>

De facto, a reinserção social assumiu relevância política a partir da década de 90, tendo-se construído, nomeadamente desde o ano de 2000, e paralelamente à descriminalização operada no consumo de drogas, a convicção que o toxicodependente é um doente e pode ser tratado e reinserido na sociedade, reagindo sobre este numa lógica biopsicossocial. Desta forma, primou-se por uma lógica de minimização de danos através de um regime de substituição, ao qual se juntava um acompanhamento psicoterapêutico e de apoio social, incidindo a problemática sobre o indivíduo *per si*, e não no problema da toxicodependência de uma perspetiva global.<sup>276</sup>

Foi, pois, a convicção de que o toxicodependente deveria ser tratado e não privado da sua liberdade, e o facto de a aplicação de pena de prisão ou de multa se mostrava um fracasso, que motivaram o rumo da descriminalização.<sup>277</sup>

Ora, o governo português procedeu efetivamente a uma descriminalização em sentido técnico e estrito, não se penalizando o consumo, nem se descriminalizando a conduta humana sem si, procurando envergar por uma via que não “*protelasse indefinidamente a aparente criminalização*”.<sup>278</sup>

No entanto, conforme decorre do n.º1 do art. 8.º da C.R.P., que consagra o princípio da receção plena do direito internacional, estabelecendo que “*as normas e princípios de direito internacional geral ou comum fazer parte integrante do direito português*”<sup>279</sup> Considerando o teor da Convenção de Viena de 1988<sup>280</sup>, a via adotada pelo sistema português, conforme refere o Professor Faria Costa, constituiu a “*única alternativa à criminalização da detenção para consumo que pode ser considerada compatível com as convenções internacionais*”(sublinhado nosso), excluindo-se desta forma o “*modelo da*

---

<sup>275</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de Droga – ... (*op. cit.*).

<sup>276</sup> DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em Portugal... (*op. cit.*). P.333

<sup>277</sup> Valente, Manuel Monteiro Guedes – “*Da política criminal – novas (ou velhas) tendências...*” (*op. cit.*). P.141

<sup>278</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de ... (*op. cit.*). p.27

<sup>279</sup> COSTA, Eduardo Maia – Novos rumos da política sobre drogas... (*op. cit.*). p.9

<sup>280</sup> Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas



*mera legalização do consumo*”<sup>281</sup>. Isto porque as convenções não impõem a criminalização através do ramo do Direito Penal. Sendo apto o regime de mera ordenação-social a corresponder às obrigações internacionais e operando a sequência do princípio do pragmatismo, deve-se ter *“uma atitude de abertura à inovação, mediante a consideração, sem dogmas ou pré-compreensões, dos resultados cientificamente comprovados das experiências ensaiadas nos diversos domínios do combate à droga e à toxicodependência e a consequente adoção de soluções adequadas à conjuntura nacional e que possam proporcionar resultados práticos positivos”*.<sup>282 283</sup>

Efetivamente, prevê o n.º2 do art.3.º da Convenção de 1988 que, *“Sob reserva dos princípios constitucionais e dos conceitos fundamentais do respectivo sistema jurídico, as Partes adoptam as medidas necessárias para tipificar como infracções penais no respectivo direito interno, quando cometidas intencionalmente, a detenção, à aquisição ou o cultivo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas para consumo pessoal em violação do disposto na Convenção de 1961 (original), na Convenção de 1961 modificada e na Convenção de 1971. (...)”*, e a al.d) do n.º3 art.3.º que *“As partes podem adoptar, quer como medidas alternativas à condenação ou pena por infracções estabelecidas em conformidade com o n.º2 do presente artigo (consumo), quer como medidas complementares, medidas de tratamento, de educação, de pós-cura, de reabilitação ou de reinserção social do agente”*.

Considerando isto, entendeu o Professor Faria Costa ser suficiente, para se dar cumprimento à Convenção, a penalização do consumo através do ilícito de mera ordenação, fundamentando-se na *“inexistência de qualquer imperativo constitucional de criminalização”*<sup>284</sup> Concluiu assim que, efetivamente, a Convenção impõem a obrigação de proibir o consumo, impedindo a sua legalização, e assim impedindo o Estado de eliminar todo e qualquer tipo de sancionamento.

<sup>281</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de... (op. cit.). p.17

<sup>282</sup> COSTA, Eduardo Maia – Novos rumos da política sobre drogas... (op. cit.). p.11

<sup>283</sup> “A inclusão ou exclusão de um objecto na área da intervenção criminalizadora não resulta do acaso ou de coincidências, partindo sempre de observação e valoração feitas pelo Legislador, recebendo mensagens da comunidade, procurando, com frequência, acolhê-las. Dir-se-á que existe o pleno criminal quando a representação social criminaliza uma atitude que as leis também remetem para o espaço dos ilícitos criminais; poderá falar-se, então, de duas noções de crime: a social e a jurídica. Algumas vezes existe dissonância entre as representações social e jurídico-institucional do crime: o crime social pode já (ou ainda) não ser o crime jurídico e a colisão resultante dessa assimetria pode acelerar ou retardar a alteração, mas desse controlo emergirá uma alteração penal que, mais cedo ou mais tarde, se assumirá contribuinte de uma outra configuração normativa”. in Poiares, C. 1999, pp. 110-111 *apud* COSTA, Eduardo Maia – Novos rumos da política sobre drogas, in Revista TOXICODEPENDÊNCIAS, Ed. SPTT, vol.7 n.º1, 2001, pp. 3-15

<sup>284</sup> COSTA, Eduardo Maia – Novos rumos da política sobre drogas, in Revista TOXICODEPENDÊNCIAS, Ed. SPTT, vol.7 n.º1, 2001, p.10

Relativamente ao sancionamento/tratamento do consumidor, derivados do princípio da legalidade e do princípio da oportunidade passou a ser regulado pela Lei 30/2000, de 29 de Novembro, determinando desde logo, nos termos do n.º1 do art.5.º da mesma Lei, que *“O processamento das contra-ordenações e a aplicação das respectivas sanções competem a uma comissão designada «comissão para a dissuasão da toxicodependência», especialmente criada para o efeito, funcionando em cada distrito, nas instalações de serviços dependentes do Instituto da Droga e da Toxicodependência, I. P. (IDT, I. P.).”* (atual S.I.C.A.D.), cabendo às autoridades policiais a execução das coimas e das sanções alternativas, nos termos do n.º2.<sup>285</sup> Conforme dispõe o n.º1 do art. 10.º, cumpre à comissão ouvir o consumidor e reunir os elementos necessários para descortinar se estamos perante um toxicodependente ou não, as substâncias que consome, em que circunstâncias e em que local consome, bem como a sua situação económica.

No que diz respeito aos diferentes consumidores, estes poderão ser ocasionais, habituais, ou toxicodependentes, consoante o seu consumo seja esporádico, regular, ou o consumidor se encontre dependente das substâncias, respetivamente. No entanto, o legislador não deu grande relevância à distinção, exceto relativamente à concreta sanção a aplicar, nos termos do n.º4 do art.15.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro. Assim, não existe propriamente uma distinção legal entre o consumo ocasional e habitual para efeitos de moldura penal abstrata, sendo considerada aquando da escolha da sanção (art.15.º n.º4 al.f)); tal como a distinção entre consumo público ou privado, exceto para efeitos a escolha da sanção (art.15.º n.º4 al.e)).<sup>286</sup>

De facto, considerado que a dependência de drogas, lícitas ou ilícitas, influenciam quer os comportamentos individuais, quer as suas próprias decisões, o ordenamento pode responder de três maneiras distintas: a) através da exclusão da punibilidade, aplicando-se o regime da inimputabilidade (incapacidade accidental; consequências da abstenção...); b) através da criação de tipos distintos, ou da aplicação de quantidades e princípio ativo

---

<sup>285</sup> O art.43.º do R.G.C.O. impõe à polícia e às entidades fiscalizadoras o dever da investigação sempre que tenham notícia da prática de uma contraordenação, cabendo-lhes acusar quando obtenham indícios suficientes da prática dos factos e do seu autor.

<sup>286</sup> Na determinação e aplicação das sanções ter-se-á sempre em consideração critérios de prevenção especial, ponderando-se sempre a culpa do agente. Assim, na determinação da sanção, a CDT/SICAD tem de ponderar, a *necessidade de prevenir o consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas*, em conformidade com o art.15.º n.º3, tendo a sanção duração entre 1 mês a 3 anos, conforme disposto no art.24.º.

Já nos termos do art.15.º n.º4, deve-se ter em consideração a situação do consumidor e a natureza e as circunstâncias do consumo, ponderando, designadamente: a) a gravidade do acto, b) culpa do agente; c) tipo de plantas, substâncias ou preparados consumidos; d) natureza pública ou privada do consumo; e) tratando-se de consumo público, o local do consumo; f) em caso de consumidor não toxicodependente, carácter ocasional ou habitual do consumo; g) a situação pessoal, nomeadamente económica e financeira, do consumidor.”

presente nas substâncias superiores aos dos não-toxicodependentes, c) através da consideração de tais substâncias nas diversas sanções aplicáveis, ou d) instigando o tratamento ao toxicodependente como alternativa à pena ou ao respetivo processo, quer a título de injunção nos termos do C.P.P., quer através da sua aplicação em lei especial – v.g. Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.<sup>287</sup> Tal prende-se pelo facto de o tratamento não poder ser considerado sanção, uma vez que não se deve impor. No entanto, além de conduzir o consumidor-toxicodependente ao tratamento, tal também é possível, em moldes idênticos, no que tange ao consumidor ocasional ou habitual de forma a interromper o processo, quer seja através da suspensão provisória do processo (obrigatório para primário e facultativa para o reincidente), e aquando da suspensão da determinação da sanção (facultativa).<sup>288</sup>

Já as autoridades administrativa atuavam nos termos comuns, mas entre a aplicação de uma coima ou de uma sanção não pecuniária e o tratamento e a reinserção e a reintegração do consumidor ou do toxicodependente, deve-se optar então pela segunda via em detrimento da primeira.

Desta forma, para que se aplique convenientemente o regime previsto na Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, é necessário que se verifiquem dois requisitos: determinar se o presumível ilícito é o de consumo ou tráfico<sup>289</sup>, e determinar se o consumidor é ou não toxicodependente, sendo esta última distinção essencial para determinar a sanção a aplicar nos termos sobreditos.

Relativamente às substâncias propriamente ditas, estas apenas serão tidas em consideração aquando da aplicação da Portaria n.º 94/96, de forma a determinar se se aplicará a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, ou o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, ou na determinação da moldura abstrata da coima, nos termos do art.16.º n.ºs 1 e 2.

Está ainda previsto que a simples advertência – admoestação – possa ser aplicada como sanção, considerando-se que bastará o susto para que o consumidor/agente se abstenha de consumir no futuro.

No fundo, estabelece-se com a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, um regime que tem como objetivo “convencer” o consumidor toxicodependente a aceitar o tratamento, sendo consequência dessa aceitação a não abertura do procedimento, nos termos do seu art.3.º, com uma garantia de sigilo previsto no art.3.º; à suspensão provisória do processo,

---

<sup>287</sup> KARSAI – As questões fundamentais de uma legislação penal sobre as drogas... (*op. cit.*). P.111-112

<sup>288</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano – *O consumo de droga na política e na técnica legislativa...* (*op. cit.*). P.81

<sup>289</sup> O que se afere através dos meios probatorios comuns, consoante os factos indiquem que o agente deteve ou adquiriu para consumo, ou se a sua conduta for ao encontra do tipo previsto no art.21.º do Dec. Lei n.º 15/93.

nos termos do art.11.º; ou à suspensão da determinação da sanção, nos termos do art.14.º n.º1.<sup>290</sup> De facto, sendo a opção pelo tratamento aceite pelo toxicodependente, e entendendo-se ser essa a medida mais adequada a sancionar a conduta do toxicodependente, nada obstará a sua aplicação.

Por fim, e em conformidade com o previsto no art.53.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que prevê que *“quando [haja] indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e, se necessário, procede-se à perícia”* (n.º1), podendo, para o efeito, ser conduzido a unidade hospitalar ou estabelecimento adequado (n.º2), prevê o art.4.º da Lei n.º 30/2000 que as autoridades policiais procederão à identificação do consumidor e, eventualmente, à sua revista e à apreensão das plantas, substâncias ou preparações encontradas na posse do consumidor, elaborando auto de ocorrência que será remetido à comissão territorialmente competente, podendo as autoridades inclusive deter o consumidor se entenderem ser necessário para a sua comparência perante a comissão, nos termos dos arts. 9.º e 12.º do Decreto-Lei n.º 130-A/2001, de 23 de Abril. Desta forma, *“Os mecanismos legais constituídos para reagir aos comportamentos de consumo, apesar de uma redução ligeira na perseguição policial às infracções, demonstram ser capazes de submeter a uma efectiva alçada legal um número bem superior de pessoas consumidoras e, particularmente, de enviar um significativo número de infractores toxicodependentes para o sistema de tratamento, por via de coerção legal.”*<sup>291 292</sup>

## 2.1 Determinação das quantidades para efeitos sancionatórios

De forma a determinar as quantidades para efeitos de aplicação entre o ramo de Direito Penal e do Direito de mera ordenação social, o legislador tem a faculdade de fixar as quantidades relevantes na avaliação do tipo legal através de a) o teor do princípio ativo, e b) a quantidade física. Utilizando a primeira opção, o legislador determina o princípio

---

<sup>290</sup> Conforme explica Valente, *“Competindo ao próprio cidadão dispor livremente do seu corpo, como direito pessoal, considerar-se-ia que a intervenção do Estado seria, assim, ilegítima no caso do consumo de drogas, ou seja, o tratamento clínico seria apenas um processo de cura caso fosse solicitado pelo consumidor e, jamais, poderia ser imposto pelo poder estatal.”* in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de Droga... (op. cit.). p.39

<sup>291</sup> Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas... (op. cit.). P.306

<sup>292</sup> “Embora instalada a dúvida quanto à legitimidade da aplicação de medidas terapêuticas, particularmente nos delitos de consumo, os clínicos recebem e acompanham toxicodependentes enviadas pelas instâncias legais. Coloca-se necessariamente questão de eficácia dos tratamentos efectuados no âmbito deste tipo de medidas”, sendo que “um tratamento decretado por uma instância legal, “quando aceite pelo próprio toxicodependente, é entendido pelo clínicos como mais legítimo se aplicado a propósito da prática de crimes do que sobre o mero consumo de drogas, alvo directo da lei da descriminalização. “, in Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de ... (op. cit.). P.258, 302

ativo a considerar em determinada substância, cuja proporção irá determinar a inclusão (ou não) do caso concreto ao preenchimento do tipo legal. Já na segunda opção, da qual se destaca o seu pragmatismo, determinam a aplicação de uma sanção à conduta considerado apenas a substância em si, independentemente do seu grau de pureza, facto que desconsideraria que, aparte o vício psicológico, para o vício físico satisfará igualmente determinada quantidade de determinada droga com determinada percentagem de princípio ativo, como o dobro da quantidade da mesma droga, com metade do princípio ativo.<sup>293</sup>

No nosso sistema vigora a primeira opção, sendo que, relativamente às dez doses diárias, aplica-se para os efeitos do art.2.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, em oposição ao 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, o mapa anexo à Portaria n.º 94/96, por injunção prevista na al.c) do art. 71.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro. Já para se aferir as quantidades diárias a ter em consideração aplica-se o Mapa Anexo à Portaria n.º 94/96, de 26 de Março<sup>294</sup>, em conformidade com a al.c) do art.71.º. Isto porque, e perfilhando o entendimento de Carlos Poiares, fazer depender a intervenção do regime de contraordenação ou penal com base em critérios quantitativos é um erro, sendo este um critério falível, desde logo pelo facto de o consumidor, e em especial o toxicodependente, adequam as substâncias consoante a sua necessidade e possibilidade de aquisição.<sup>295</sup>

A opção perfilhada pela lei portuguesa através da Lei n.º 30/2000, de 29 de Setembro é uma opção mitigada, assentando fundamentalmente, na desvalorização do ilícito penal, convolvendo-se em uma contraordenação, em face da quantidade de droga, priorizando-se o «*quantum*», em detrimento da natureza da droga.<sup>296</sup>

Ora, conforme consta do diploma, considerando o facto de a perícia médico-legal e do exame médico referidos nos artigos 52.º e 43.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro depender da pré-existência de procedimentos de diagnóstico e exames periciais direccionados à análise do estado toxicodependente; que é necessário definir a intervenção e aplicação prática da realização dos exames ou perícias, e que “(...) *a definição prévia dos limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei 15/93, de consumo mais frequente, constitui elemento importante para a aplicabilidade do n.º 3 do artigo 26.º e do n.º 2 do artigo 40.º, ambos daquele diploma*”, o governo criou a Portaria

<sup>293</sup> KARSAI – As questões fundamentais de uma legislação penal sobre as drogas... (*op. cit.*). P.109.

<sup>294</sup> Portaria que entrou em vigor 3 anos após o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (!)

<sup>295</sup> POIARES, Carlos – A descriminalização do consumo de drogas: abordagem juspsicológica, in Revista TOXICODPENDÊNCIAS, Ed. IDT, vol.8 n.º2, 2002, p.35

<sup>296</sup> LOBO, Fernandes Gama, Droga ... (*op. cit.*). P.143

n.º 94/96 (3 anos mais tarde), prevendo o seu art.9.º que “*Os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, de consumo mais frequente, são os referidos no mapa anexo à presente portaria, da qual faz parte integrante.*”

Conforme refere Fernando Lobo, “*a lei, ao optar pela regulamentação através de Portaria, a qual (...) não fixou os limites quantitativos máximos com base no «princípio activo», mas com base em dados epidemiológicos referentes ao uso habitual, criou uma polémica*”. Parte da jurisprudência colocou em causa não só a constitucionalidade orgânica como a legalidade da Portaria n.º 94/96, de 26.03, e do seu mapa anexo, sobretudo no que toca à aplicação conjugada com o art.º26.º 3 ou com o 40.º-2, que fixam as penas abstratas em função dos elementos ditados pela Portaria, pelo facto de ter havido uma delegação de poder do Governo aos ministros da Justiça e da Saúde, sem que tenha sido precedida de autorização da Assembleia da República<sup>297</sup>. No entanto, o Tribunal Constitucional não deu razão ao S.T.J., reduzindo a aplicação da portaria, entendendo que os valores indicativos podem ser afastados pelo tribunal, quando acompanhados da devida fundamentação, tendo pois, nos termos do n.º do art.71.º, o valor probatório dos exames periciais, não violando desta forma o princípio de legalidade da lei penal incriminadora consagrada no n.º1 do art.29.º, conjugado com a al. c) do n.º1 do art. 165.º, ambos da C.R.P..

Como tal, tem havido decisões que se abstraem da aplicação do quantitativo diário, em detrimento da análise proporcional das substâncias em causa e os valores constantes da tabela, decidindo, por ex., o Ac. T.R.P. de 02-10-2013<sup>298</sup> que “*(...) Se o grau de pureza desse produto for diferente dessa percentagem, tal valor terá de ser adaptado*”, e que “*os valores indicados nessa tabela podem ser afastados se se provar que são diferentes as necessidades de consumo habitual do arguido.*”; e o Ac. T.R.G., de 20.05.2013<sup>299</sup>, decidindo que “*(...) a detenção de cannabis na forma de resina só consubstancia crime caso esteja em causa uma quantidade superior a cinco gramas com uma concentração média de 10% de Tetraidrocanabinol*”, e que “*(...) uma concentração*

<sup>297</sup> conforme consta do Ac. Do S.T.J. de 26.03.98, in C.J.-VI-I-246.

<sup>298</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 2465/11.6TAMTS.P1, de 02-10-2013, relator PEDRO VAZ PATO, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3b4ca812ddad8bde80257c05003d1594?OpenDocument&Highlight=0,consumo.de.estupefacientes>

<sup>299</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proc. n.º 65/11.0PFBRG.G1, de 20-05-2013, relator Paulo Fernandes Silva, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ea8b0c5d133760a580257b82002ebf9e?OpenDocument&Highlight=0,consumo.estupefacientes>

*média superior de Tetraidrocanabinol justifica que proporcionalmente se reduza a quantidade de cannabis necessária à imputação da conduta como crime, do mesmo modo que uma concentração inferior daquele princípio ativo justificará o inverso.” Desta forma, concluíram os Juízes Desembargadores que, “(...) Estando em causa a imputação de crime por detenção de cannabis, é relevante determinar o grau de concentração média de Tetraidrocanabinol na quantidade apreendida.”, fundamentando com o facto de que “(...) uma concentração média superior de Tetraidrocanabinol justifica que proporcionalmente se reduza a quantidade de cannabis necessária à imputação da conduta como crime, do mesmo modo que uma concentração média inferior daquele princípio activo justificará o inverso. --- Daí que em situações de consumo, estando em causa a imputação de um crime ou de contraordenação, seja relevante saber o grau de concentração média de Tetraidrocanabinol existente na cannabis apreendida. (...)”.*

Já o Tribunal da Relação de Coimbra decidiu, em 19-12-2012<sup>300</sup>, que “Para a determinação do estado de toxicodependência é essencial não só identificar a natureza da substância, com vista à demonstração de que ela integra as referidas tabelas, como ainda também a percentagem do princípio ativo existente no produto apreendido”, e que, “só depois, com estes valores fixados no exame laboratorial, é que podemos socorrer-nos dos valores referidos no mapa anexo à Portaria n.º 94/96, de 26/3: só perante a percentagem do princípio activo constante da substância apreendida, só perante um produto “puro”, conforme se diz em linguagem corrente – seja com a canábica, seja com qualquer outra substância, mormente heroína ou cocaína -, é que podemos avaliar se a quantidade detida é «superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias».” Concluindo que, “(...) os valores indicados na portaria devem ser vistos como valores indiciários, a apreciar de acordo com o disposto no art. 163.º do C.P.P. Ou seja, as tabelas anexas à portaria não indicam valores máximos de consumo, de aplicação obrigatória por parte do juiz. O que elas contêm são valores de referência, gerais e abstratos, que devem ser interpretados e integrados, depois, pela prova produzida.”

Por fim, relativamente à omissão do princípio ativo da substância em caso, decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra, que “(...) Sendo o exame laboratorial omissivo quanto a

---

<sup>300</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proc. n.º 946/09.0GBILH.C1, de 19-12-2012, relatora Olga Maurício, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/3e4bcd6a653d9c4a80257b1200504276?OpenDocument>

tal princípio e, não se tratando de caso em que manifestamente excede aquela quantidade ou fique muito além, o exame será apenas indicativo, podendo o tribunal recorrer a outros elementos coadjuvantes da integração, no caso, do conceito de “consumo médio individual diário”.

## 2.2 Revogação operada pelo art. 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro

Atento o paradigma normativo vigente até à data, a Lei n.º 30/2000, de 29 de Setembro, através do seu art.28.º, revogou parcialmente o art.40.º da Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro. Prevê este artigo a revogação do artigo 40.º, com exceção do cultivo e o artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime, devendo conjugar-se com o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro<sup>301</sup>.

No entanto, o legislador não foi preciso na disposição das normas revogadas através do art.28.º Falamos concretamente da imprecisão operada na revogação parcial do art.40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, que levou à origem de acórdãos díspares entre si, com a decisões distintas, por exemplo, ora aplicando-se a Lei n.º 30/2000 a todo o consumo, ora apenas a aplicando quando estivesse em causa a quantidade até ao equivalente a dez doses diárias.

De facto, conforme consta do Ac. T.R.G., de 12.03.2012<sup>302</sup>, a descriminalização operada nas condutas aquisição e detenção de produtos estupefacientes, para consumo próprio, não superior à equivalente a 10 doses diárias foi clara na sua redação. No entanto, aquando de detenção ou aquisição de quantidades superiores às equivalentes a 10 doses diárias, a revogação operada através do art.28.º da Lei 30/2000 não foi clara, levando a quatro posições fundamentais, conforme consta do citado Acórdão cujo excerto passamos a citar:

*“- uma tese que, fazendo uma interpretação restritiva do art.28.º da Lei n.º 30/2000, entendeu manter-se em vigor o art. 40.º do DL n.º 15/93 para os casos de aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio em quantidade superior a 10 doses diárias; - outra orientação entendeu que todos os casos de consumo integravam contraordenação ao abrigo da Lei n.º 30/2000, independentemente das quantidades de*

<sup>301</sup> Decreto-Lei que ue abrange o consumo, aquisição e detenção para consumo próprio de plantas

<sup>302</sup> Acórdão n.º TRG\_1444/10.5GBGMR.G1 de 12-03-2012, disponível online em [http://bdjur.almédina.net/juris.php?field=node\\_id&value=1763354](http://bdjur.almédina.net/juris.php?field=node_id&value=1763354)



*droga em causa; - uma terceira orientação defendeu que, sendo imperativo o período fixado no art. 2.º n.º 2 da Lei n.º 30/2000, a detenção de estupefacientes em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante um período superior a 10 dias integrava um crime de tráfico (arts. 21.º ou 25.º da Lei n.º 15/93, conforme os casos); -uma quarta tese sustentou que a situação não era punível, sob pena de violação do princípio “nullum crimen sine lege”, não integrando nem o crime de tráfico nem a contraordenação do art.º 2 n.º 2.”*

Em suma, coexistiam no nosso ordenamento jurídico quatro entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, divergentes entre si: a) a aplicação de uma interpretação restritiva ao art.28.º da Lei 30/2000, aplicando-se o n.º2 do art.40.º do Decreto-Lei de 93; b) o entendimento de que todas as condutas de consumo consubstanciavam ilícito de mera ordenação social; c) que a aquisição superior a 10 dias consubstanciaria crime de tráfico, punido pelo art.21.º ou 25.º, e d) que a conduta não era punida, sob pena de se violar o princípio “nullum crimen sine lege”, decorrente do princípio da tipicidade e consequente proibição aplicação da analogia legis (*vide* n.º3 do art.29.º da C.R.P).<sup>303</sup>

Decidindo os tribunais superiores com decisões contraditórias relativamente à aplicação ou não do Decreto-Lei n.º 30/2000 a quantias (adquiridas ou detidas para consumo próprio) superiores a 10 doses diárias (art.2.º n.º2), chegando mesmo a condenar o arguido sem que tenha provado uma das dezoito condutas plasmadas no n.º1 do art.21.º referente ao tráfico, e acolhendo desta forma a quarta tese supra citada, conforme consta do teor do acórdão do Ac. T.R.L., de 07-02-2012<sup>304</sup>, referindo que por “*não se ter provado que detinha aquele produto exclusivamente para seu consumo, (...) a sua conduta não se subsume ao art. 40º.*” Não se tendo indicado meios de prova que sustentem que a quantidade de produto detido se destinasse todo ele ao consumo – “*(...) como se impunha que sucedesse para se estar perante um crime de consumo e não de tráfico(...)*”, mais referindo que “*(...) E contrariamente ao que alega competia-lhe a prova do elemento negativo do tipo de crime por que vinha acusado, ou seja, recaía sobre o recorrente o ónus de provar que o produto estupefaciente que detinha não se destinava senão ao seu consumo exclusivo (...), na ausência de qualquer prova sobre o destino do produto ao consumo exclusivo do arguido e não se pondo em causa a posse da substância e as*

<sup>303</sup> Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.

<sup>304</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 1422/08.4PBOER.L1-5, de 07-02-2012, relator MARGARIDA BLASCO, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2ec159d931b694bc802579a4004068ca?OpenDocument&Highlight=0,consumo,estupefacientes>

*demais circunstâncias em que os factos ocorreram, claro está que mais não podia o Tribunal do que concluir pela sua condenação pela prática do crime que lhe vinha imputado.(...)”. Desta forma, negando o Tribunal a existência da dúvida sobre os factos – que as substâncias detidas não seriam para consumo, face à quantidade detida, o arguido não beneficiaria do princípio *in dubio pro reo*.*

Assim, no caso em apreço, “(...) *não tendo o arguido trazido nenhum elemento de prova ao seu conhecimento no decurso da audiência resultou que o arguido destinasse toda aquela quantidade de produto estupefaciente ao seu consumo exclusivo (...)*”, acabou o Tribunal por condenar através do art.21.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Desta forma, face às distintas interpretações<sup>305</sup>, e à consequente existência de oposição de julgados, nos termos do art. 437.º C.P.P. foi proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, n.º8/2008, de 05/08/2008<sup>306</sup>.

Optou-se assim pela interpretação restritiva relativamente à aplicação da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, revogando-se apenas as disposições legais anteriores incompatíveis com o novo regime, exceto quanto ao cultivo, concluindo o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça que “(...) *O artigo 40.º do Decreto-Lei 15/93 - circunscrito ao consumo e à aquisição e detenção para consumo próprio de drogas ilícitas em pequenas quantidades, por redução teleológica, o alcance da sua revogação pelas disposições conjugadas dos artigos 28.º e 2.º, n.º 2, da Lei 30/2000 - conservará válido e actual o texto remanescente:*

*«1 – Quem, para o seu consumo, cultivar plantas compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias. Se a quantidade de plantas cultivadas pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 5 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias. 2 - Quem, para o seu consumo, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em*

---

<sup>305</sup> Concretamente o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, no âmbito do processo 0643527, de 18-10-2006, relatora Coelho Vieira, disponível online em <http://biblioteca.mj.pt/AcordaoTRP.aspx?DocId=082746DEAE8274568025722C00545AD5>, que entendem que “A detenção para consumo de produto estupefaciente em quantidade que exceda a necessária para consumo médio individual durante o período de 10 dias constitui contraordenação.”; e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, no âmbito do processo 0614664, de 22-11-2006, com relator André da Silva, disponível online em <http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b8abe3c460b07b77802572640059fa75?OpenDocument>, entendendo que “A detenção da droga para consumo próprio em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante 10 dias integra o crime do art. 40º do DL nº 15/93.”.

<sup>306</sup> Acórdão De Fixação De Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 07P1008, de 25-06-2008, relator CARMONA DA MOTA, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec744d4ae06d530c8025747a00526c07?OpenDocument>

*quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias».*

Relativamente ao n.º3 do art.40.º, conforme refere Fernando Lobo, cujo entendimento acompanhamos, poder-se-á aplicar à conduta cultivo, por força da *analogia favorabilia*.<sup>307</sup>

Assim, fixou o pleno das secções criminais do S.T.J., reunido em conferência, fixou a jurisprudência nos seguintes termos:

*“Não obstante a derrogação operada pelo art. 28.º da Lei 30/2000, fixou de 29 de Novembro, o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, manteve-se em vigor não só “quanto ao cultivo” como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.”*

Uniformizou-se assim a jurisprudência no sentido de se aplicar o regime previsto na Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro quando as quantidades das substâncias inseridas nas Tabelas I a IV do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, forem inferiores ou igual ao equivalente a 10 doses diárias, e o art.40.º do Decreto-Lei n.º15/93, de 22 de Janeiro, quando superiores, sendo, neste último, o consumo punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias. O facto art.40.º se manter em vigor para a aquisição ou detenção para consumo em quantidades superiores a 10 doses diárias era justificado, conforme consta do duto acórdão. Isto, pelo facto de entender o consumo como problema social, e o consumidor como um doente ou potencial doente, que se justificaria a tutela penal sobre a conduta do consumidor.

No entanto, admitiram que tal tutela seja *“duvidosamente justificada”*. Seria, no entanto legítima, pelo facto de o consumidor ser destinatário de deveres, sendo punido, não devido ao consumo propriamente dito, mas devido ao facto de esse comportamento consubstanciar um incumprimento por parte do consumidor para com os seus deveres sociais<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> LOBO, Fernandes Gama, Droga – Legislação, 2ª edição, Quid Iuris, 2010. P.686. ISBN 978-972-724-508-6. Pp

<sup>308</sup> Vide ponto 5.1. do Ac.de Uniformização de Jurisprudência ...(*op cit*)

*“(…) É na conjugação da perspectiva do consumo como problema social e da perspectiva do consumidor como doente ou potencial doente que parece, inevitavelmente, brotar uma justificação da tutela penal à luz de princípios constitucionais. A criminalização do consumo é, assim, duvidosamente justificável (49) sem que isso prejudique a tutela penal nessa área, nomeadamente a incriminação das condutas que fomentem ou possibilitem o consumo. Por outro lado,*

Entendiam ainda que a omissão da intervenção Estatal seria “*difícilmente sustentável, face aos graves danos sociais causados pelo consumo generalizado*”

de estupefacientes, decorrendo destes danos sociais a imposição da intervenção do Estado<sup>309</sup>. Efetivamente, entendem que “*o consumo, pelos males sociais que lhe estão associados, não é um puro problema privado mas um problema social e, nesse sentido, por um lado, a descriminalização não pode justificar-se na perspectiva de que se trata da pura esfera de liberdade individual e, por outro lado, a intervenção do Direito no consumo pode ter ainda como justificação a prevenção de danos*” (sublinhado nosso).”

Ainda conforme deliberado no ponto 5.9 do duto acórdão, entendem que o Decreto-Lei de 93 já previa distintas modalidades – tráfico (comum, pequena gravidade e para consumo), a aquisição ou detenção para consumo próprio em quantidade superior a três doses médias, e a ou detenção para consumo próprio em quantidade até três doses médias, já distinguindo, nesses termos, os consumidores entre si.

Por fim, justificaram a criminalização da aquisição ou detenção superior a dez doses diárias com seguintes fundamentos: “a) O consumidor é uma fonte de perigo para as outras pessoas e para a sociedade, sendo concebido como mero perigo objetivo; b) O consumidor é um doente ou é potencialmente um doente; c) O consumidor é uma pessoa que tomou uma decisão no espaço da sua privacidade e das relações consigo mesmo” (sublinhado nosso).<sup>310</sup>

Consideraram ainda inaceitável que a) o consumidor seja “mera fonte de perigo”, sendo a intervenção do Direito Penal legítima com base na proteção de potenciais danos mediatos provocados pelo consumidor, e pela criminalidade associada ao consumo<sup>311</sup>, sob pena de a finalidade exclusiva da criminalização do consumo se cingir em exclusivo à prevenção geral, punindo o consumidor como meio de atingir a criminalidade conexa ao consumo, o que, desde logo, violaria o art.1.º da C.R.P., onde está consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>312</sup>; e b), que o consumo seja considerado mero assunto privado onde o Estado não pode intervir, face aos danos sociais – v.g. perturbações e

---

*impõe-se a regulação legal, mas não especificamente penal, do próprio consumo, permitindo-se que o consumidor seja destinatário de deveres (por exemplo, o dever de tratamento ou alguma alternativa de comportamento) e sujeito de protecção especial. A intervenção penal sobre o consumo justificar-se-á, assim, pela carência de tutela penal do cumprimento pelo consumidor dos referidos deveres e não do próprio facto do consumo (...)*” (sublinhado nosso).”

<sup>309</sup> “(...) A resposta segundo a qual o Estado não pode intervir a título algum também é dificilmente sustentável, na medida em que o consumo generalizado de estupefacientes produz danos sociais graves que reclamam a intervenção do Estado: perturbações e rupturas na família, problemas de saúde, problemas de integração social, esforços acrescidos na protecção social dos toxicodependentes e dissolução de relações sociais de autonomia e respeito”

<sup>310</sup> Vide ponto 7.1

<sup>311</sup> Criminalidade associada ao consumo e ao tráfico, e a perturbação causada na sociedade.

<sup>312</sup> “(...) expressão de cada pessoa é um fim em si mesmo e deve ser considerado como tal pelo legislador (...)”.

ruturas na família, problemas de saúde, problemas de integração social, esforços acrescidos na proteção social dos toxicodependentes e dissolução de relações sociais de autonomia e respeito. Desta forma, conforme referem, “*O consumo, pelos males sociais que lhe estão associados, não é um puro problema privado mas um problema social (...)*”<sup>313</sup> (sublinhado nosso).

É, pois, com base na perspetiva do consumo como problema social e o consumidor como um doente (ou potencial doente), que é legítimo criminalizar o consumo, quando a quantidade detida ou adquirida para consumo for superior a dez doses diárias.

Opondo-se a este entendimento, votou vencido o Juiz Conselheiro Eduardo Maia Costa e o Juiz. Conselheiro António Silva Henriques Gaspar, nos seguintes termos, conforme consta do duto acórdão e conforme entendimento perfilhamos, entendendo que à aquisição ou detenção de estupefacientes para consumo pessoal aplica-se sempre o art.2.º da Lei n.º30/2000, cabendo ao direito de mera ordenação social regular a conduta independentemente das doses em questão, admitindo o n.º2 como “*critério indiciário da distinção entre tráfico e consumo*”. Conforme explica, “*a tentativa de justificar materialmente a sobrevivência do artigo 40.º do Decreto -Lei n.º 15/93, de forma a abranger as situações de aquisição ou detenção de quantidades superiores a 10 doses diárias, chega a um resultado paradoxal: o da criação de um novo crime, denominado «aquisição e detenção de drogas ilícitas, para consumo próprio, de quantidades excessivas», que é afinal um crime de tráfico, uma vez que é o perigo de as drogas detidas serem lançadas no mercado que é aí tutelado. E um crime de tráfico de duvidosa constitucionalidade. Porque a protecção do perigo recua aqui a uma fase remota, em que o bem jurídico identificável (saúde pública) só de forma aleatória, incerta ou atípica pode correr perigo, pois necessário se torna, para que esse perigo se possa configurar, que previamente o detentor da droga a desafecte do consumo pessoal.*” Consequentemente, o n.º2 do art.2.º funcionaria como indiciante da possibilidade de risco de disseminação, dependendo a qualificação da finalidade da detenção, cabendo ao juiz determinar a finalidade da aquisição ou detenção com base nos factos apurados em sede de processo penal<sup>314</sup>, facto que, na nossa opinião, não poderia funcionar como que de uma presunção

---

<sup>313</sup> Vide ponto 5.1. do Ac.de Uniformização de Jurisprudência...(op cit)

<sup>314</sup> Conforme explica Eduardo Maia Costa, “*O legislador descriminalizou todo o consumo, mas não liberalizou o consumo de drogas. O que equivale a dizer que a posse de droga em quantidades superiores ao necessário para o consumo médio durante 10 dias, desde que tenha por finalidade exclusiva o consumo privado próprio, terá de ser considerada como contra -ordenação, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro. O sentido da norma do n.º 2 do artigo 2.º da referida lei, na coordenação possibilitada pelo princípio da legalidade, será o de que o*

legal se tratasse, quer como uma inversão do ónus probatório, que recai sob a administração pública, para o consumidor, devendo a quantidade ser meramente indicativa, analisada à luz do princípio da livre valoração da prova.

Mais recentemente, após o trânsito em julgado do mencionado Acórdão de Uniformização de Jurisprudência tem sido posta em causa a inconstitucionalidade de dimensão normativa da interpretação preconizada, ou seja, a manutenção da aplicação do tipo legal previsto no n.º 2 do art. 40.º do Dec. Lei. 15/93, de 22 de Janeiro, quando o consumidor detenha uma quantidade das substâncias em causa superior a dez doses diárias.

Nesse sentido, temos no ano de 2011 o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do proc. 4044/09.9TAMTS.S1, de 06/07/2011<sup>315</sup>, provido pelo M.P. face a decisão contrária à Jurisprudência Fixada, tendo a decisão do tribunal *a quo* fundamentando-se com o facto de que, “*extrair deste texto [(art. 28.º da Lei 30/2000, de 29 de Novembro)] que o legislador não pretendeu revogar o art. 40.º quanto à detenção e aquisição de estupefacientes para consumo não enquadráveis na Lei 30/2000 não parece ser legalmente razoável.*” (sublinhado nosso), mantendo-se em vigor quanto ao cultivo, facto que se consegue compreender, pelo consequente aumento de produto no mercado advindo do cultivo, mas que, por outro lado, permitiria aos consumidores absterem-se de entrar em contacto com o “lado negro da sociedade”.

Desta forma, decidiu tribunal *a quo* que a interpretação perfilhada no Ac. S.T.J. de 2008, e consequentemente a interpretação restritiva do art. 28.º da Lei 30/2000 violava as regras legais de interpretação de normas, nos termos do art. 9.º do Código Civil<sup>316</sup>, e com fundamento no art. 29.º da C.R.P. – com correspondência ao art. 7.º da C.E.D.H. e 1.º do C.P. -, onde se encontra consagrado o princípio da legalidade<sup>317</sup>, defendendo como tal a abstenção de tutela penal sobre o consumidor. Isto, sob pena de se pôr em causa a segurança jurídica, a justiça material e os direitos de defesa do arguido.

---

*legislador teve em mente que a detenção por consumidor de quantidades maiores de droga pode indiciar a possibilidade de risco de disseminação, dependendo a qualificação, no fim de contas, da prova, em processo penal (inquérito ou julgamento) de que o produto detido se destina exclusivamente a consumo privado próprio (...)*”.

<sup>315</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. 4044/09.9TAMTS.S1, com relator Souto de Moura, de 06/07/2011, disponível online em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4aa9050bce1787e28025790b004d3448?OpenDocument>

<sup>316</sup> “A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada; Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

<sup>317</sup> Conforme consta do duto acórdão, “Só assim o cidadão poderá saber que acções e omissões deve evitar, sob pena de vir a ser qualificado criminoso, com a consequência de lhe vir a ser aplicada uma pena ou uma medida de segurança.” (Jorge Miranda e Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, 2005. P. 325 a 328)”

Como tal, invocou o tribunal *a quo* que tal interpretação restritiva reconduziria a uma integração de lacunas legais por violação do princípio da legalidade, defendendo que, e passamos a citar, “*O que não pode é o julgador substituir-se ao legislador, distinguindo em função da quantidade - admite-se, contudo, que a distinção se faça ao nível da escolha da sanção e da medida da coima (arts. 15.º a 17.º da Lei n.º 30/2000). Conclui-se, em suma, que a detenção ou aquisição de estupefacientes para consumo próprio são, no actual quadro legal, sempre punidas a título contraordenacional, independentemente da quantidade do produto.*”.<sup>318 319</sup>

Entendeu o S.T.J. no caso em apreço que, considerando-se a jurisprudência ultrapassada quando, mantendo-se a mesma lei em vigor, a) ” *O acórdão recorrido tiver desenvolvido um argumento novo e de grande valor não ponderado no acórdão uniformizador, susceptível de desequilibrar os termos da discussão jurídica contra a solução anteriormente perfilhada*”; ou b) “*For claro que a evolução doutrinal e jurisprudencial alterou significativamente o peso relativo dos argumentos então utilizados, de tal modo que, na actualidade, a sua ponderação conduziria a resultado diverso*”, e sob pena de qualquer jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça possa ser afastada, “*simplesmente porque o julgador em primeira instância considerava inconstitucional certa interpretação de uma norma, discordando do facto de o A F J ter recusado essa mesma inconstitucionalidade*”, e, em conformidade, considerar não existir qualquer motivo para alterar a jurisprudência fixada *in casu*, tendo sido tal entendimento decidido por unanimidade.

Já em 2014, acordou o Tribunal Constitucional<sup>320</sup> não julgar novamente inconstitucional, “*por violação do princípio da legalidade criminal, consagrado no n.º 1 do artigo 29.º, da Constituição, a norma constante do artigo 28.º, da Lei n.º 30/2000, de*

<sup>318</sup> Isto, considerando ainda o momento histórico da Lei n.º 30/2000, e que a referência às dez doses diárias foi introduzida pelo Parlamento.

<sup>319</sup> Conforme refere Figueiredo Dias, “*Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam, por isso, sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também outros comportamentos. Neste sentido se tornou célebre a afirmação de v. Liszt segundo a qual a lei penal constitui a magna Charta do criminoso*” in DIAS, José de Figueiredo – “*Direito Penal – Parte Geral, Tomo... (op. cit.)*”. P.180; e Taipa de Carvalho, referindo que “*A amplitude do processo hermenêutico e argumentativo de aplicação da lei penal encontra aqui, na moldura semântica do texto, uma barreira intransponível - uma barreira que apenas se explica pela preferência civilizacional que o Direito concede à liberdade pessoal sobre a necessária realização das finalidades político-criminais que justificam a instituição do sistema penal e que está na base da especial força normativa que a nossa Constituição concede à garantia pessoal de não punição fora do domínio da legalidade, ao incluí-la no catálogo dos direitos, liberdades e garantias (artigo 29.º, n.os 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa).*»” in Direito Penal I, Porto, 2003, pp.210 ss. Apud Acórdão n.º 79/2015, do Tribunal Constitucional, no âmbito do processo n.º 495/13, publicado no Diário da República, 2.ª série – n.º 48 – 10 de março de 2015, pp.5916-5924

<sup>320</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 587/2014, no âmbito do processo n.º 230/14, relator Conselheiro José da Cunha Barbosa, disponível online em <https://dre.pt/application/file/60955581>

29 de novembro, quando interpretada no sentido de que se mantém em vigor o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”, com a dissidência do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro.

No presente ano, destaque o Acórdão n.º 79/2015, do Tribunal Constitucional <sup>321</sup>, que mais uma vez manteve a decisão no sentido do Acórdão de 2014, com a mesma dissidência do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, concluindo o Tribunal não lhe caber, no caso concreto, sindicar sobre a interpretação normativa aplicada nos autos, decidindo que nem tão pouco viola a Constituição, nomeadamente o princípio da legalidade consagrado no art.29.º C.R.P.

### 3. Perspectivas futuras

A pensar no futuro próximo, a estratégia da União Europeia, assentando sobre o respeito pela dignidade da pessoa humana, liberdade, democracia, solidariedade, Estado de direito e direitos humanos, bem como sobre a preservação e incremento do bem-estar, quer social, quer individual, proporcionando uma maior segurança - tudo isto no que concerne as drogas face a uma abordagem “*equilibrada e integrada, a partir de dados concretos*”<sup>322</sup>, determinou a Estratégia da União Europeia que, em conformidade com as Recomendações do Conselho na Estratégia da U.E. de Luta contra a Droga para o período temporal entre 2013 e 2020, as medidas a tomar “*deverão garantir um elevado nível de proteção da saúde humana e de estabilidade e segurança sociais graças à implementação coerente, efetiva e eficaz de medidas, iniciativas e abordagens do problema da redução da procura e da oferta de droga a nível nacional, internacional e da UE e à minimização das potenciais consequências indesejáveis associadas à concretização dessas ações.*”

Com especial relevância surge o policonsumo<sup>323 324</sup> e o surgimento do consumo de novas substâncias psicoativas. Isto porque, como já exposto, em Portugal vigora o

---

<sup>321</sup> Acórdão n.º 79/2015, do Tribunal Constitucional, no âmbito do processo n.º 495/13, publicado no Diário da República, 2.ª série – n.º 48 – 10 de março de 2015, pp.5916-5924

<sup>322</sup> Recomendações do Conselho – *Estratégia da UE de Luta contra a Droga (2013-2020)*, in Jornal Oficial da União Europeia, publicado em 29/12/2012

<sup>323</sup> “(...) as diferentes quantidades de tipos drogas não podem somar-se, uma vez que uma e outra aparecem referidas separadamente na Tabela I-C anexa ao DL n.º15/93, de 22 de Janeiro, em atenção às suas qualidades, pelo que cada um dos tipos de droga deve ser tomado singularmente nos casos de policonsumo.” in Ac. Trib. Rel. Guimarães de 10/03/03 in CJ-II-287 apud LOBO, Fernandes Gama, Droga... (op. cit.). P.142



princípio da taxatividade, sendo que a lei determina exaustivamente, através das Tabelas anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, as substâncias ilegais, sendo as condutas ligadas a estas punidas nos termos desse mesmo Decreto-Lei ou da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro. Desta forma, existe uma lacuna relativamente às substâncias que ainda não se encontram sinalizadas pela lei.

O controlo destas novas substâncias psicoativas é omissivo, não se prevendo, quer em termos de legislação nacional, quer internacional, a sua regulação – facto este que determina a sua licitude. Desta forma, geralmente produzidas noutros continentes, tais substâncias podem ser adquiridas via *online*, em lojas à vista de toda a gente, ou mesmo no mercado das drogas ilícitas.<sup>325</sup>

É assim que, “*aparentemente inocentes*” e “*sob um manto de legalidade*”, se comercializam a preços acessíveis as novas substâncias, dissimuladas sob a forma de incenso, sais de banho, ervas, fertilizantes, entre outros, vindo a sua procura a crescer, nomeadamente nos adolescentes, sendo este um “*verdadeiro negócio das Arábias em tempo de crise*”<sup>326</sup>

Compreendem estas substâncias uma parte significativa do mercado das drogas, estando-lhes associada uma conotação favorável face às “ilegais”, o que origina uma lógica falaciosa entre os efeitos nocivos das substâncias lícitas face às ilícitas, apontando-se, no entanto como ponto positivo a desconsideração popular de que “o que é legal faz bem” e “o que é ilegal faz mal”, bem como a influência dessa constatação na opinião pública.<sup>327</sup>

---

<sup>324</sup> “No policonsumo o grande perturbador tem vindo a ser o álcool, por ser um bom combinado com outra drogas. O consumo de álcool encontra-se designado como droga lícita, sendo permitido o seu consumo, compra e venda em locais públicos. Assim, a sua presença no dia-a-dia de um cidadão português é visto como natural, uma vez que não é encarada como uma droga (substância que provoque mal-estar social intenso).

(...)

O tabaco e o álcool são substâncias de fácil aquisição, apesar de terem idades de permissão estabelecidas, é comum ver um jovem com idade inferior à permitida a consumir estas duas substâncias. A mesma facilidade de acesso verifica-se com a cocaína. De facto, a compra de substâncias ilícita é hoje um acto de fácil acesso. Uma das situações que advém dos policonsumos é a adulteração das essências (Nunes & Jóluskin, 2007) a deturpação dos produtos provoca um “corte”, cujo intuito é aumentar artificialmente o seu valor, comprometer os lucros dos revendedores ou até, modificando a massa substância, iludir a quem a adquire e, ainda, ajuda a confundir o facto dos cães colaboradores das autoridades responsáveis por estas buscas (OEDT, 2009). Como resultante, podem surgir situações de perigo, variando estas mediante as substâncias usadas na adulteração. Contudo, não devemos igualar a definição de adição de adulterantes, com o consumo simultâneo de várias drogas.”<sup>324</sup>

<sup>325</sup> Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência – *Relatório Europeu sobre Drogas – tendências e evoluções*, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. ISBN 978-92-9168-707-7. P.17

<sup>326</sup> COELHO, Pinto Coelho, “A esperteza saloia das Smartshops”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 101/102, Abril/maio 2013, ISSN 0873-4860 27. P34

<sup>327</sup> . Tal facto é visível ainda quando, considerando os medicamentos psicoativos, sedativos, tranquilizantes ou hipnóticos na população portuguesa entre 15 e 64 anos, cerca de 20% tinham consumido em 2012, e 12 % tinham consumido nos últimos 12 meses, sendo que, 79% desses tinha consistido em consumo diário ou quase diário in *SICAD – Sinopse Estatística, Portugal 2012, Serviços de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências – Divisão de Estatística e Investigação*, 2014

Só em 2013, foram sinalizadas na União Europeia, através do sistema de alerta rápido, 81 novas substâncias.<sup>328</sup> Foi por estes motivos que, face à ineficácia operada pela Lei n.º 13/2012, de 26 de março (19ª alteração ao Dec. Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro), que se acrescentou à lista o mefedrona e o tapentadol às substâncias ilícitas, e face ao impacto social que as novas drogas tiveram na Região Autónoma da Madeira (4 mortes e 190 internamentos), foi publicado o Decreto Legislativo Regional n.º 28/2012/M, aprovando por essa via normas para a proteção dos cidadãos e medidas para a redução da oferta de drogas legais.

No seu preâmbulo, é esclarecido que as novas drogas possuem características comuns às drogas já conhecidas e punidas pelo Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, sendo constituídas por compostos obtidos ou por partes ou extratos de plantas ou fungos, com efeitos psicoativos estimulantes, sedativos ou alucinogénios, ou mistos. Conforme consta do mesmo, uma parte das novas drogas consiste em derivados estruturais de anfetaminas, cocaína e ketamina, ou através do desenvolvimento de novas substâncias, com estruturas distintas e efeitos biológicos semelhantes, como é o caso dos cannbinóides e opiácios sintéticos. Mais esclarecem ainda a problemática em volta dos rótulos, que nada especificam sobre o conteúdo ou eventuais consequências, difundindo-se na sociedade como produtos impróprios para consumo. Desta forma, e face às novas drogas sinalizadas entre 2005-2012 pela OEDT (e que se têm renovado periodicamente), passou-se a aplicar coima às demais condutas em volta das novas drogas, à semelhança do que acontece no regime aplicado às drogas ilícitas.

No entanto, este decreto, desde logo pelo seu teor, não abrangeu a venda de *smartshops* e a venda de substâncias que continuavam a surgir. Desta forma, e de maneira a fazer face à problemática das mesmas drogas no continente, surgiu o Decreto-Lei n.º 54/2013, de 17 de abril, definiu-se o regime jurídico da prevenção e proteção contra a publicidade e o comércio das novas substâncias psicoativas (art.1.º), sendo este diploma legal diretamente aplicável aos estabelecimentos, determinando o encerramento da maioria das intituladas *smartshops*.

No entanto, à margem da aplicação dessa legislação, estão as novas substâncias, tal como as originalmente tipificadas nas tabelas anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, surgindo um mercado desregulado e dificilmente controlável.

---

<sup>328</sup> Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência – *Relatório Europeu sobre Drogas...* (op. cit.).P.28

Assim, e considerando que a Internet continua a ser utilizada como meio de tráfico de drogas e seus percursores, destaca-se o uso da chamada *dark net* – mercado virtual, onde as transações são feitas através da moeda virtual *bitcoins*. Este mercado é inacessível através dos comuns motores de busca, facto esse que dificulta o conhecimento dos seus contornos pelas autoridades, bem como a aplicação da lei face ao desconhecimento dos proprietários dos domínios, bem como dos seus utilizadores. É, pois, o mercado mais seguro para os consumidores e traficantes adquirirem as drogas ilícitas, face ao reduzido risco de serem identificados e consequentemente contra eles correr procedimento criminal. Destacam ainda a “*continuada grande prevalência de casos de morte associados ao consumo de droga dentro da UE*” e a dinâmica dos mercados ilícitos, a adaptação dos grupos de criminalidade organizada transfronteiriça, e a aplicação das novas tecnologias à distribuição das substâncias.<sup>329</sup>

Desta forma, a Estratégia da União Europeia de Luta contra a Droga tem atualmente por objetivos principais a) contribuir para uma redução quantificável da procura de droga, da toxicodependência e dos riscos e danos sociais e para a saúde por elas causados; e b) contribuir para o desmantelamento do mercado das drogas ilícitas e para reduzir, de forma quantificável, a oferta desse tipo de drogas, tornando-se, para tanto, essencial a cooperação internacional, tendo por objetivos, neste âmbito, reforçar a cooperação em torno do fenómeno a droga intra União Europeia, bem como entre a União Europeia e os países terceiros e outras organizações internacionais.

---

<sup>329</sup> WORLD DRUG REPORT 2014, UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations, June 2014. ISBN 978-92-1-148277-5. p.xii

## PARTE II – DOS FACTOS

### Capítulo I – Motivações do consumo

Desde o início dos tempos que o homem recorreu às drogas para modificar os seus sentimentos, o seu estado de espírito, bem como a maneira de estar no mundo. De facto, as substâncias podem ter os demais propósitos, podendo ser utilizados para satisfazer, conforme Escohotado explica, a) a *“busca narcisista de prazer e o desejo de modificar a realidade”*; b) o sentimento de desconforto e a necessidade de fugir da realidade, numa tentativa de aliviar a dor física, a tensão e a ansiedade, entre outros; e c) a busca por uma *“expansão de consciência, de um estado de êxtase, alterando a sua vida emocional, corporal, bem como a percepção psicossensorial.”*<sup>330</sup>

Já Marlatt considera que o uso reiterado das substâncias psicotrópicas prende-se com uma busca por prazeres imediata, podendo demonstrar ou realçar a falta de controlo individual sobre a sua vontade. Evidencia ainda a coincidência de outros hábitos de consumo - v.g. café, tabaco, chocolate -, com crenças individuais, expectativas de vida, percursos pessoais, as suas experiências e a sua aprendizagem, opondo-se assim ao entendimento que o comportamento aditivo tenha como o único pressuposto a composição química das substâncias *per si*. Além destes aspetos, consideram ainda como essenciais o conflito de motivos, sendo o consumo das substâncias utilizado como forma de obter prazer imediato e uma atitude defensiva, advinda da necessidade de evitar decisões objetivas, ou mesmo negar e ignorar a necessidade escolha ou decisão.<sup>331</sup>

Por sua vez, Becõna separa o desenvolvimento de hábitos de consumo, identificando para tanto seis etapas: a 1ª etapa com a predisposição sociocultural face aos valores e crenças que lhe são incutidos pela sociedade na sua área de influência, bem como as expectativas sociais; a 2ª etapa, que consiste na descoberta da substância, através do primeiro contacto (1.ª fase); a 3ª etapa, a fase de experimentação e início de consumo habitual; a 4ª etapa, a fase da consolidação, associando-se o consumidor à dependência das drogas e à manutenção do seu consumo; a 5ª fase, a fase determinante, em que o

---

<sup>330</sup> FUENTE, Vega Armando, Los educadores antes las drogas, Santillana, 1988. P.305. ISBN – 84-294-2116-5. P.34 (tradução livre)

<sup>331</sup> “Quando se fala de dependência e adição, parece claro que se tratam de fenómenos intrínsecos – *“El hombre es un ser dependiente por la naturaleza”* in Romani, O. (1999) *Las drogas – sueños y razones*. 51-73. Barcelona. Editorial Ariel

consumidor opta pelo abandono dos hábitos de consumo ou pela sua manutenção, com as demais consequências, e, no caso da primeira opção (abandono), a habitual recaída que consistirá na 6ª fase.<sup>332</sup> Já Kandel, em conformidade com o pensamento popular, define o envolvimento dos indivíduos com as drogas de uma perspectiva progressiva, passando das drogas leves para as pesadas, gradualmente, iniciando-se normalmente pelo tabaco e pelo álcool, passando para a marijuana – sendo esta uma “droga de passagem”, e posteriormente para as drogas pesadas, destacando a influência dos grupos de pares e o papel desempenhado pelos seus progenitores.<sup>333</sup>

Certo é que a interpretação das experiências com as drogas por parte do indivíduo consiste em um ponto fulcral do desenvolvimento da dependência, sendo a sua postura determinada por componentes sócio individuais e pela personalidade dos consumidores.<sup>334</sup> Desta forma existem fatores que predispõem o consumidor, quer para o início do consumo, quer para a manutenção do mesmo, podendo estes ser de foro pessoal – tanto físicos ou biológicos como mentais ou psicológicos - , sociais, culturais<sup>335</sup> ou ambientais, podendo não ser, no entanto, os mesmos fatores que determinam a sua continuação, tendo o consumidor a possibilidade de se adaptar ou adaptar comportamentos alternativos que satisfaçam os mesmos objetivos.<sup>336</sup> Relevante é ainda a curiosidade, como uma das características mais notáveis do homem, e que se revela essencialmente na adolescência e juventude, isto é, numa altura em que o indivíduo tem o desejo de afirmar a sua própria personalidade, viver o perigo, ou mesmo experienciar a rebeldia característica desta fase da vida, é ainda mais explorada e tem um maior impacto quando a repressão à droga mitifica as mesmas, provocando uma maior curiosidade e, conseqüentemente, uma maior probabilidade de a saciar<sup>337</sup>, facto este que determina que se entenda o facto de as substâncias serem proibidas como fator aliciante para o primeiro contacto.

De facto, ao longo da sua vida os indivíduos experimentam substâncias capazes de produzir dependência, sem que, na maioria dos casos, tal suceda, dependendo tanto do indivíduo e dos fatores que o influenciam, como da potencialidade existente na substância

---

<sup>332</sup> NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções*. Porto, Edições Universidade Fernando Pessoa, 2011, 192p. ISBN 978-989-643-081-8. P.43-44

<sup>333</sup> *Idem*. P.40-41

<sup>334</sup> Peele, 1985 *apud* NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (*op. cit.*). P.38

<sup>335</sup> “A escolha das substâncias pelos indivíduos é simultaneamente cultural e pessoal, e, comparados uns com os outros, nenhum dos produtos surge como intrinsecamente mais perigoso, tendo sempre em conta o grau de consciência que temos quanto aos seus efeitos” – Micheline Roelandt, psiquiatra, in CÔTÈ, Roch, *Droga - A Guerra Quimérica...* (*op. cit.*). P.96

<sup>336</sup> FUENTE, Vega Armando, *Los educadores antes las drogas*, Santillana, 1988. P.305. ISBN – 84-294-2116-5. P.42

<sup>337</sup> *Idem*. P.43

em si. Tal como Escohotado refere, todas as drogas apaziguadoras são aditivas. No seu seguimento, explica Fernando Geberovitch que não é a substância que faz o toxicodependente, mas o indivíduo que se entrega à dependência da substância.<sup>338</sup> De facto, qualquer droga, incluindo a cafeína, a nicotina e o álcool, pode criar habituação, dependendo esta habituação mais do indivíduo do que da substância.<sup>339</sup>

Não se pode, pois, convencer um indivíduo a não consumir determinada substância, sendo uma escolha eminentemente pessoal. É neste aspeto que é determinante uma consciencialização correta por parte dos indivíduos acerca das diversas substâncias, afastando-se as opções educacionais que visam “assustar” e reprimir o consumo de estupefacientes.<sup>340</sup> Toda esta perceção das substâncias como lícitas e ilícitas concebe preconceitos imediatos sobre as mesmas. No entanto, é pelo facto de o tabaco e o álcool serem gratuitos que as autoridades lançam programas de sensibilização e informação aos cidadãos, sendo que estes, informados, “*comportam-se como seres livre e responsáveis: conhecem as vantagens e os perigos desses produtos*”. À contrário, no que diz respeito às substâncias ilícitas, “*os cidadãos são tratados como crianças, os produtos são clandestinos e é a saúde pública que paga a factura*”.<sup>341</sup>

Desta forma, a educação e consciencialização dos demais (reais) efeitos e consequências das substâncias, sem tomar partidos sobre os negativos ou positivos, considerando assim os dois lados da moeda, é essencial para que os próprios consumidores tenham em consideração o que lhes é ensinado e o que experienciam. É, pois, importante salientar que o conhecimento sobre a droga que o indivíduo desenvolve poderá legitimar a sua escolha de consumir ou abster-se de consumir, quer em contextos pessoais, quer sociais.<sup>342</sup> Nomeadamente, quando considerado o facto de que o estilo de vida delinquente é um estilo de vida excitante, estimulante e fácil e, como tal, apelativo. Tudo isto, de encontro à formulação de Claude Olivenstein, no sentido de que “*a toxicomania é o fruto*

---

<sup>338</sup> Fernando Geberovitch, psicanalista especializado no tratamento dos toxicodependentes e das suas famílias: “*a primeira coisa a dizer, é que não é a droga que faz o toxicodependente. Não se pode dizer que uma pessoa que fuma haxixe seja um toxicodependente. (...) não é o produto que faz o toxicodependente, mas o indivíduo que se lhe entrega.*” In, CÔTÊ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica... (op. cit.). P.98

<sup>339</sup> Idem. P.95

<sup>340</sup> Não é possível assustar alguém de forma a não utilizar drogas. É uma escolha pessoal. Se as instâncias de controlo dizem que se consumires determinadas substâncias, pode-te surgir uma psicose, entre outros demais efeitos nefastos, e, entretanto, deparas-te com diversos amigos que consomem à alguns anos e não tem nada de errado, surge a desconfiança nas crenças proclamadas pelas respectivas instâncias de controlo.

<sup>341</sup> CÔTÊ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica... (op. cit.). P.68

<sup>342</sup> “*The knowledge in and of itself offers status and self-esteem*”, in Mansson, Anette Skarner e Sven-Acel. “Young people and drugs: on navigation in the drug landscape.” European Journal of Social Work, 2008. P.110

*do encontro de uma personalidade, de um produto e de um momento sociocultural*”<sup>343</sup>, podendo as substâncias causar ou não dependência, havendo estudos elaborados pelas demais ciências – v.g. do campo psicanalítico, da sociologia ou mesmo das neurociências, que se opõem à tese da droga como causa da “*dependência automática e inevitável*”.<sup>344</sup> Atualmente, face à evolução verificada nas últimas décadas, podemos afirmar que existe, não um perfil específico do indivíduo que se envolve nas drogas, mas sim nos que se tornam dependentes, sucedendo esta dependência essencialmente em função de fatores sociais, em detrimento dos psicológicos.<sup>345</sup>

Existe ainda uma divergência quanto às classificações a atribuir às substâncias, classificação essa determinante na consciencialização da sociedade dos efeitos das mesmas, e assim, nas escolhas tomadas pelos indivíduos. Para tanto, Escohotado sugere três conjuntos distintos de substâncias, conforme sejam a) substâncias apaziguadoras de dor física ou mental, ou de resposta imediata a uma lesão, a insónias e nervosismo, por ex. – que proporcionam alguma paz interior e tranquilidade – v.g. ópio, morfina, codeína, álcool, metadona; b) substâncias que satisfaçam desejos, ou eliminem o aborrecimento – que proporcionam alguma energia em abstrato, como um aumento de tensão nos circuitos elétricos – v.g. café, cocaína, coca, anfetaminas; e c) substâncias relacionadas com a curiosidade intelectual, com o objetivo de abrir os horizontes, ou ver o mundo de uma perspetiva diferente – que proporcionam um tipo de excursão a zonas desconhecidas da consciência – v.g. cânhamo, marijuana, Haxixe, LSD, mescalina.<sup>346</sup> Por sua vez, Lewin categoriza em cinco grupos distintos: a) substâncias eufóricas, que reduzem ou suspendem a percepção e as emoções, proporcionando bem-estar; b) phantastica (alucinogénios e delirantes); substâncias embriagantes, que induzem excitação e posterior depressão e possível perda de consciência; d) hypnotica – agentes sonóferos; e e) estimulantes psíquicos, que estimulam a atividade cerebral.<sup>347 348</sup>

---

<sup>343</sup> JACQUES, Jean-Pierre – Para acabar com as toxicomanias, CLIMEPSI Editores, 1.ª edição, Lisboa, Setembro de 2001. ISBN 972-8449-82-8. P.71

<sup>344</sup> *Idem.* P.72

<sup>345</sup> Fernandes, Luíz – Portugal – Acerca do perfil do Consumidor de Drogas, *in* Boletim da Ordem dos Advogados, n.º90, Maio 2012. P.28

<sup>346</sup> ESCOHOTADO, Antonio – Aprendiendo de las drogas, Usos y abusos, prejuicios y desafios, Anagrama, 2005. ISBN 9788433914415.

<sup>347</sup> Seibel & Toscano, 2001 *apud* NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (*op. cit.*). P.33-35

<sup>348</sup> Temos, oficialmente, consequência do Relatório de uma Comissão de Inquérito do Parlamento Europeu desenvolvida a seguinte diferenciação, ainda hoje actual: a) Drogas ultra duras: heroína, crack; b) Drogas duras: morfina, cocaína, fenicididina, metadona e petidina; c) Drogas semi-duras: anfetaminas, barbitúricos, LSD, psilocibina, mescalina, solventes químicos e absinto; d) Drogas semi-suaves: ópio, haxixe, lehar, coca, tabaco; e) Drogas suaves: cannabis, álcool fermentado, fitol, cogumelos alucinogénios, codeína e tranquilizantes; f) Drogas ultra suaves: chá, café e

De entre os consumidores, podemos distinguir, conforme a doutrina, entre ocasional, habitual ou toxicodependente, sendo sobre estes últimos que recaem as maiores preocupações. O primeiro corresponde ao indivíduo que consome perante circunstâncias propícias ao consumo, sendo o seu consumo esporádico; e o segundo corresponde ao indivíduo que consome reiteradamente, distinguindo-se do toxicodependente por este último consistir num doente, físico ou psicologicamente, (doença essa evidenciada pelo papel das recaídas). Como Agra refere, “*os sujeitos dependentes de tóxicos, drogas, narcóticos, traçam um mundo de ideias próprio, acompanhado por níveis elevados de estimulação de tonalidade dolorosa, associados ao profundo estado de angústia e às dificuldades de controlo e tolerância ao stress, caracterizado pela desorganização ideativa*”.<sup>349</sup>

Ainda de entre os toxicodependentes é possível distinguir quatro tipos: a) o consumidor que se encontra totalmente envolvido no mundo da droga, mas que não sente ânsia ou ressaca; b) o indivíduo que tem ânsia sem que se encontre totalmente envolvido no ambiente da droga; c) o indivíduo que sofre de ânsias e se encontra totalmente envolvido no ambiente da droga, e d) o indivíduo que não experiencia ânsia ou se encontra envolvido no mundo das drogas, mas que consome reiteradamente estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. De facto, não obstante um indivíduo se encontrar dependente de determinadas substância, é possível manter os hábitos de trabalho, o seu casamento, bem como integrar-se totalmente na sociedade que os rodeia<sup>350 351</sup>, sendo uma multiplicidade de fatores que extravasa a competência do Estado determinante para que o vício suceda e se mantenha.

De referir ainda que, como uma das causas essenciais da envolvimento do consumidor no ambiente nefasto da droga encontramos a atitude política face à mesma, que se evidencia na atuação das instâncias de controlo formal, e que leva a que o consumidor vivencie situações de promiscuidade e falta de higiene, o que, desde logo, coloca em causa a saúde pública, provocando danos superiores aos que decorreriam do

---

chocolate” in Revista Sub Judice, n.º3, 1992, *apud* LOBO, Fernandes Gama, Droga – Legislação, 2ª edição, Quid Iuris, 2010. P.686. ISBN 978-972-724-508-6. P.99

<sup>349</sup> Mais refere o Professor que o Toxicómano “trata-se do indivíduo que, não evidenciando negativismo relativamente aos demais, às convenções sociais ou aos valores morais e humanitários, pode, quando muito, tornar-se indiferente em relação a eles. São em regra egocentristas, evidenciando um isolamento social e de insensibilidade em relação aos valores humanitários e morais” (Agra, 2002; Manita, 1998) *apud* NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções... (op. cit.)*.P.83ss

<sup>350</sup> Crime and Justice – Volume I – The Criminal in society... (*op. cit.*).P.295

<sup>351</sup> O que prevalece é, pois, a má relação desejada pelo indivíduo, sendo a substância secundária e substituível. E se, entretanto, uma anterior boa relação existente entre a substância e o indivíduo se torna em relação danosa, e o indivíduo não tem essa percepção, ou se opta por manter a relação, não deve ser punida por tal.



consumo vigiado e responsável nos termos sobreditos.<sup>352</sup> É neste sentido que a política de riscos e minimização de danos compreende duas vertentes essenciais: a) exercer pedagogia de consumo, “*dotando os sujeitos de competências que possibilitem que o uso de drogas não comporte riscos acessórios para os próprios ou para a comunidade*”; e b) vinculação dos Estados ao estabelecimento de condições que evitem danos secundários, nomeadamente através do consumo vigiado.<sup>353</sup>

Analisado o impacto das demais drogas na sociedade, é ainda imperativo na determinação da legalização de determinadas substâncias, como a *canábis*, de maneira a que funcionassem como substituto de outras substâncias ilícitas mais danosas. Em Portugal, após a alteração legislativa de 2001, as referências de consumidores subiram de 2001 para 2005 de 47% para 65%, enquanto as de heroína diminuíram nos mesmos anos de 33% para 15% - verificando-se uma decréscimo no recurso à via endovenosa para consumo, tal como sucede com a Europa<sup>354</sup>, e a cocaína manteve-se estável entre os 4% e os 6%, enquanto estudos nos Estados Unidos da América averiguaram que a descriminalização do consumo no período de 1975 a 1978 determinou que a admissão em estabelecimentos hospitalares pelo consumo de cannabis aumentassem, mas que a das outras drogas diminuísse, compensando-se desta forma o primeiro facto pelo segundo. Tal facto demonstra-se vantajoso, quando considerado que, como explica Escotado que, como “droga”; a marijuana tem características *suis generis*, concretamente face à sua mínima toxicidade, elimina-se do sistema facilmente, e a ausência de grande danos, quer no momento, quer a longo prazo<sup>355</sup>, sendo por isso proclamada como substância apta a ser regulado, encontrando-se presente em todos os cantos do mundo, em todas as classes sociais, sendo utilizadas por diversos motivos, difundindo-se aos olhos da sociedade por entre as outras drogas pelo de serem punidas pelas mesmas normas legais.

## Capítulo II - Relação entre Droga e Crime

### 1. Construção da Relação

---

<sup>352</sup> POIARES, Carlos – Variações sobre a Droga... (*op. cit.*).p.72

<sup>353</sup> *Idem.* p.71

<sup>354</sup> SICAD – Enquadramento Epidemiológico – Geral, II . A. Contextualização do fenómeno dos comportamentos aditivos e das dependências em Portugal, disponível online em [http://www.sicad.pt/BK/EstatisticaInvestigacao/InformacaoEstatistica/Enquadramento/Lists/SICAD\\_ENQUADRAMENTO/Attachments/1/Enquadramento\\_Epidemiologico\\_Geral.pdf](http://www.sicad.pt/BK/EstatisticaInvestigacao/InformacaoEstatistica/Enquadramento/Lists/SICAD_ENQUADRAMENTO/Attachments/1/Enquadramento_Epidemiologico_Geral.pdf), consultado em 20/12/2014. P.4

<sup>355</sup> ESCOTADO, Antonio – Aprendiendo de las drogas... (*op. cit.*).

A relação existente entre droga e crime tem sido um dos fundamentos essenciais invocados pelos defensores das teses proibicionistas para optar pela proibição da posse e aquisição de certas substâncias para consumo. No entanto, é também das mais controversas.

Esta relação entre os dois fenómenos é composta por uma multiplicidade de elementos psicológicos, sociais, culturais, entre outros, que levaram ao afastamento da crença simplista de que as drogas ilícitas levariam a práticas violências, estando o consumo problemático de drogas na origem do crime, quer para satisfazer as suas necessidades, quer por se sentirem mais desinibidos<sup>356</sup>, e que os seus consumidores representariam um risco para a sociedade.<sup>357</sup> Como explica Agra, da relação existente entre os consumidores de drogas e a prática de delitos encontra-se uma “*rigidez e passividade cognitiva, dificuldade em interpretar a realidade, e a notória flutuação no fluxo de pensamentos.*”<sup>358</sup>

O mesmo autor elenca quadro diferentes perspetivas da relação entre estes dois fenómenos/comportamentos, a saber: a) estado de expressão operotrópica, que consiste na conformação de ambos os comportamentos individuais, que vão consolidando o estilo de vida do consumidor paralelamente; b) estado de circularidade oclosiva, que consiste na prática convergente e interativa entre os dois comportamentos, fechando-se num “*ciclo de estreita e indissociável interação, alimentando-se mutuamente*”; c) estado de integração, que pressupõe que a relação droga-crime tenha uma formação conjunta, através de uma rotina associada, constituindo “*partes integradas, indiferenciadas e indissociáveis*”; e d) estado de implosão, consequência da estreita integração mútua entre droga e crime e consequente “*desintegração dos vínculos sociais*”.<sup>359</sup>

Quanto à ideia de que a droga é causadora do comportamento criminoso, esta é fundamentada essencialmente por três fatores. Desde logo encontra-se as alterações comportamentais inerentes ao consumo de drogas, desenvolvendo assim condutas delinquentes<sup>360</sup>; a necessidade do indivíduo adquirir os meios económicos suficientes para satisfazer o seu consumo<sup>361</sup> - sendo os crimes contra a propriedade/de natureza aquisitiva

---

<sup>356</sup> NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (op. cit.). P.51

<sup>357</sup> AGRA; Cândido da – *Entre Droga e Crime...* (op. cit.). P.9

<sup>358</sup> Agra, 2002; Manita, 1998 *apud* NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (op. cit.). P.83ss

<sup>359</sup> NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (op. cit.). P.83ss

<sup>360</sup> Brochu & Parente, 2005 *apud* NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (op. cit.).

<sup>361</sup> Anglin & Speckart, 1986; Fisher et al, 2007 *apud* NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (op. cit.).

os mais frequentes na generalidade dos consumidores<sup>362</sup>; e, por último, a necessidade do consumidor entrar em contacto com às subculturas relacionadas com o mundo da droga, o que influencia a prática de condutas delinquentes.<sup>363</sup> No entanto, relativamente ao segundo fator, e conforme explica Poiares, o facto de os drogados terem um índice elevado de detenções posteriores aos atos delituosos pode revelar uma incapacidade para estes seguirem a carreira delincente, surgindo a sua prática como uma “obrigação imposta pela necessidade de consumir, determinando que os consumidores de drogas mais caras, como sucede com a heroína e com a cocaína, surjam como praticantes de um maior número de delitos e de maior gravidade, e, desta forma, mais associados à criminalidade em geral.”<sup>364</sup>

Efetivamente, o facto de as drogas serem ilegais origina grande parte da criminalidade relacionada com as mesmas, sendo a produção, a distribuição e o consumo das substâncias ilegais intimamente ligadas à capacidade económica e sistemática do crime.<sup>365</sup> Em moldes semelhantes aos que sucederam com a proibição do álcool, não é essencialmente o produto, a substância, que leva ao aumento da criminalidade, sendo essencialmente a sua proibição a maior causa.<sup>366 367</sup> Assim, a criminalização do consumo de drogas torna-se, como explica Poiares, “*terreno fértil para vivências dramáticas e violentas, onde abundam subprodutos criminais de extrema gravidade*”, referenciando nesse sentido a chantagem, a extorsão, a exploração económica e sexual e o tráfico de influências, a corrupção e a criminalidade organizada, levando inclusive a abusos policiais e à prática de meios de obtenção de prova ilegais.<sup>368</sup> Relacionadas com o tráfico de estupefacientes encontram-se assim diversas atividades ilícitas, tais como o mercado de armas onde a droga funciona como moeda de troca (e vice-versa)<sup>369</sup>, ou o branqueamento de capitais, como fator necessário à sua utilização nos mercados lícitos dos valores obtidos. No Código Penal português, o branqueamento, previsto no art. 368.º-A, consiste na conversão ou transferência, através de dissimulação dolosa, de origem ilícita de bens e

---

<sup>362</sup> AGRA; Cândido da – *Entre Droga e Crime, actores, espaços, trajetórias*, Editorial Notícias, 1.ª edição, Novembro de 1998. ISBN 972-46-0965-0. P.13

<sup>363</sup> Brochu, 1996; 1997; 2006; Brochu & Parente, 2005 *apud* NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (*op. cit.*).

<sup>364</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas...* (*op. cit.*). p.121

<sup>365</sup> CAULKINS, Jonathan P.; KLEIMAN, Mark A. R. – *Drugs and Crime, chapter 10 in Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*. 2011. ISBN 978-0-19-539502-8. P.281-282

<sup>366</sup> CÔTÊ, Roch, *Droga - A Guerra Quimérica...* (*op. cit.*). P.62

<sup>367</sup> Nos E.U.A., o crime relacionado com consumo de marijuana é diminuto, destacando-se os produtores e grandes organizações criminais, bem como as lutas territoriais, como práticas originadoras de violência, *In* CAULKINS, Jonathan P.; KLEIMAN, Mark A. R. – *Drugs and Crime...* (*op. cit.*). P.285

<sup>368</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das ...* (*op. cit.*).P.133

<sup>369</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo; RIBEIRO, Marcelo, MSc – Política mundial de drogas ilícitas: uma reflexão histórica, online in [http://www.abead.com.br/boletim/arquivos/boletim41/ribeiro\\_e\\_ribeiro\\_politica\\_mundial\\_de\\_drogas.pdf](http://www.abead.com.br/boletim/arquivos/boletim41/ribeiro_e_ribeiro_politica_mundial_de_drogas.pdf)

produtos, procurando dar-lhes uma aparência lícita, introduzindo-os no circuito legal. Desta forma, Fernando Lobo destaca três fases do procedimento: a) *placement stage* – que consiste na introdução dos valores de origem ilícita numa atividade ou sistema financeiro; b) *layering stage* – que consiste na realização das atividades de forma a ocultar a sua proveniência; e c) *integration stage* – que consiste na inserção dos capitais no circuito económico legal.<sup>370</sup>

Este fenómeno, essencial para movimentar os valores ilegalmente obtidos no mercado lícito, exige meios que apenas se encontram ao alcance de determinadas estruturas criminosas, e que se encontram intimamente ligadas às subculturas da droga, tendo como “negócio” o tráfico de droga, ou seja, ao alcance de grupos que se dedicam à criminalidade organizada.<sup>371</sup> Sendo o tráfico regido pelas regras base do comércio, mormente as leis da oferta e da procura reforça-se a tese da legalização do consumo como a mais adequada a salvaguarda os interesses, quer dos consumidores, quer da comunidade, permitindo uma comercialização controlada, tributada e fiscalizada, com rótulos adequados, tendo como vantagens a redução de mortes de entre os agentes da prática das condutas ilícitas, redução de subornos e de corrupção,<sup>372</sup> melhor qualidade das substâncias e orientações de consumo e, consequentemente, a protecção do consumidor, das comunidades e da sociedade em geral, bem como a diminuição de encargos nos cofres do Estado, nomeadamente nas despesas do sistema de saúde público, bem como dos encargos alocados nos órgãos de polícia criminal para as investigações relacionadas com drogas.<sup>373</sup>

---

<sup>370</sup> “(...)O branqueamento aparece no âmbito da chamada “cultura da corrupção” e potencia-a, minando as estruturas sociais, corrompendo os pilares do sistema democrático e impedindo o desenvolvimento (...)” in LOBO, Fernandes Gama, *Droga...* (op. cit.). P.62

<sup>371</sup> “A droga que chega a Portugal passa por dezenas de mãos. Depois do camponês, há o dono de um laboratório clandestino que lhe compra o produto em bruto. Por sua vez este venderá a droga que produzia a um traficante que a levará para a Europa, que aí a venderá a um outro traficante local. (...) Ao contrário do que acontecia na década de 80, hoje o tráfico de droga não é dominado por grandes cartéis. «A repressão internacional permitiu acabar com estes e hoje este está muito mais diversificado. Antes dava-se uma machadada num cartel e desmembrava-se toda uma estrutura de tráfico. Hoje, uma estrutura mediana desmantelada é rapidamente ocupada por outra. O que complica muito o combate ao tráfico de estupefacientes»” in «A Capital» de 23/12/2004 apud LOBO, Fernandes Gama, *Droga...* (op. cit.).

<sup>372</sup> «The Economist» de 02/09/1989 apud LOBO, Fernandes Gama, *Droga...* (op. cit.). P.27

<sup>373</sup> Em Portugal, o combate à droga compete à Polícia Judiciária (PJ), através da Unidade Nacional de Combate ao Tráfico de Estupefacientes, coordenar a atuação dos vários órgãos de polícia criminal, forças de segurança e entidades que operam no sistema, cabendo-lhe em particular, na dimensão da prevenção criminal, prevenir a introdução e trânsito pelo território nacional de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, bem como a constituição de redes organizadas de tráfico interno dessas substâncias.

Quanto à PSP e à GNR, cabe-lhes agir sobre a venda direta ao consumidor, combatendo assim as escalas menores do fenómeno de tráfico de droga, mas igualmente essencial para a proliferação e sustentabilidade do negocial.

Como tal, prevê o art.7.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto (L.O.I.C.), no seu n.º 2, que é da competência reservada à Polícia Judiciária sem possibilidade de ser diferida a investigação, entre outros, dos crimes de Associação criminosa (al. g)) e de Branqueamento (al.i)); com possibilidade de ser diferida nos termos do art.8.º a investigação dos crimes “Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tipificadas nos artigos 21.º, 22.º, 23.º, 27.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

De facto, a dimensão do mercado da cannabis justifica a importância da droga enquanto fonte de receitas essenciais aos grupos de criminalidade organizada<sup>374</sup>, destacando-se os custos sociais advindos da violência destes grupos, bem como a insegurança em volta dos locais de produção de droga.<sup>375</sup> Os intervenientes no negócio em grande escala, as grandes organizações criminosas, sim, são violentos face à ilegalidade que sustenta a atividade, mas não devido ao consumo. É a maneira de atuar nas sombras da sociedade, onde até os códigos de conduta existentes anteriormente se desvanecem. O lucro é o objetivo, não a população ou a sociedade, nem o consumidor.

Relativamente aos valores inerentes ao tráfico de droga, evidencia-se a criminalidade advinda dos mecanismos dos mercados ilegais, sendo que a mera existência do mercado negro em determinado local produz efeitos nocivos no desenvolvimento e bem-estar social, originando guerras de gangs rivais e entre estes e os órgãos de polícia criminal. Efetivamente, este mercado permite tornar “visível o clandestino, acessível o inacessível, omnipresente o que parece estar ausente, aceitável e tolerável o que é tabu”.

<sup>376</sup> Desta forma, surgem zonas de risco, onde o consumo e o tráfico são prática habitual e onde as representações políticas não se fazem sentir pela população como sucede nas zonas “integradas” na sociedade. Este fenómeno já era explicado por Durkheim e Merton através do conceito de anomia, consistindo numa “propriedade de um sistema social e não um estado de espírito deste ou daquele indivíduo dentro do sistema. Refere-se a uma ruptura dos padrões sociais que comandam a conduta, significando também pouca coesão social. Quando se instalou um alto grau de anomia, as regras que dantes governavam a conduta perderam a sua atracção e a sua força. Acima de tudo o mais estão carecidas de legitimidade.” <sup>377 378</sup>

São nessas zonas que se evidencia o estilo de vida delinquente, onde nem o consumidor nem o traficante se veem como criminosos, não afetando o consumo a

---

<sup>374</sup> De facto, o tráfico internacional é a maior fonte de rendimento da criminalidade organizada, “criando as condições de base para a sua afirmação económica e social”, correspondendo o montante afeto ao crime organizado cerca de 3,5% do P.I.B. mundial, encontrando-se cerca de 2,7% na economia mundial, consequência do branqueamento de capitais. In <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0459+0+DOC+XML+V0//PT>

<sup>375</sup> Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência – Relatório Europeu sobre Drogas... (op. cit.).P.14

<sup>376</sup> AGRA; Cândido da – *Entre Droga e Crime...* (op. cit.). P.40

<sup>377</sup> R.Merton, “Anomie, Anomia and Social interaction: Contexts of Deviant Behaviour”, in: M.B. Clinard, *Anomie and Deviant Behaviour*, New York: Free Press, 1964 apud DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia...* (op. cit.). P.312

<sup>378</sup> Desta forma, a teoria da anomia explica o crime através do desfasamento entre a estrutura cultural e a estrutura social, impondo a primeira aos cidadãos a prossecução dos mesmos fins e os mesmos meios legítimos, e repartindo a segunda de forma desigual as possibilidades de alcançar os meios legítimos, levando assim ao recurso de parte da população a meios ilegítimos. São, pois, estes três elementos - objetivos culturais, normas institucionalizadas e oportunidades reais, independentes entre si e susceptíveis de variações autónomas. In DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia ...* (op. cit.). P.323.

percepção de si próprio no primeiro, e vendo-se o segundo como um mero prestador de bens e serviços, que a lei da oferta e da procura exige que esteja presente, mantendo-se e atuando ambos, no entanto, nas sombras da sociedade. De facto, todo o fenómeno criminalizado tem as suas próprias “regras de conduta”, onde predomina a força e a violência.<sup>379</sup> Como reação social surge uma separação entre pessoas honestas e criminosas, relacionando-se os indivíduos com outros de interesses comuns, sendo que, como Cusson explica, “*o relacionamento com delinquentes é um factor de delinquência, e o hábito do crime cria uma predilecção por este tipo de companhia. A causalidade processa-se nos dois sentidos*”, caracterizando a delinquência como causa e efeito do convívio com delinquentes.<sup>380 381</sup>

Estes fatores sociais e ambientais influenciam, como já referido, o rumo do consumidor, sendo a existência destas zonas onde a droga faz parte do dia-a-dia potencializadores da possibilidade pré-existente de o consumidor se tornar toxicodependente. Como refere Nunes, por vezes o consumidor surge como vitimizado em virtude dos seus comportamentos delinquentes, mas, por outro lado, opta por um estilo de vida<sup>382</sup>, toma decisões e vive num ambiente que o tornam vulnerável à vitimização, tornando-se uma potencial vítima de crimes, quer devido ao estado fragilizado em que se coloca com o consumo de drogas (percepção adulterada, imprevisibilidade comportamental, etc.), quer pela frequência de zonas de risco, onde os consumidores encontram muitas vezes os futuros parceiros de crime que se incentivam uns aos outros na criminalidade aquisitiva, e mercados de droga, bem como pelo facto de ser atribuindo ao consumidor o carácter criminoso pelo coletivo social.<sup>383</sup> Toda esta criminalidade em torno da droga veio potenciar a toxicodependência como fator criminógeno, originando três tipos de delitos: a) os relacionados com a abstinência; b) os derivados da desinibição causada pelo consumo; e c) os que resultam da marginalização, operada quer pela sociedade quer pelos consumidores *per si*.<sup>384</sup>

---

<sup>379</sup> CUSSON, Maurice – Criminologia... (*op. cit.*). P.129

<sup>380</sup> *Idem*. P.146-147

<sup>381</sup> Indo ao encontro da teoria de Sutherland, que afirmava que os comportamentos desviantes eram aprendidos através da convivência de pares, através de uma exposição e definições favoráveis à desviância. Tinha, desta forma, como pilares as teorias da associação diferencial (aprendizagem fruto de convivência de pares), nas definições face aos demais comportamentos, a teoria da imitação, que evidenciava a força da influência”, e o reforço diferencial, baseado na relação entre recompensas e punições, quer anteriores, quer possíveis no futuro.

<sup>382</sup> De considerar o estilo de vida na aceção particular – descrição de um meio criminal situado no tempo e no espaço; e geral – através do estabelecimento de traços comuns aos modos de vida dos delinquentes, *in* CUSSON, Maurice – Criminologia... (*op. cit.*). P.129

<sup>383</sup> NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções*. Porto... (*op. cit.*). P.93-95

<sup>384</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas ...* (*op. cit.*). P.117

Ora, na relação entre droga e crime encontra-se relacionada a relação entre delinquente e toxicodependente, podendo surgir um em consequência do outro, a) o Delinquente / Toxicodependente, sendo este o conjunto mais presente no meio prisional, iniciando o contacto normalmente aos 16 anos e evidenciando-se perturbações de personalidade e uma consistente repressão das normais conformadoras sociais, constituindo o contacto com as drogas um de muitos comportamentos delinquentes; e b) o Toxicodependente / Delinquente, proveniente de famílias integradas na sociedade, em regra de classe média, que iniciam a prática criminosa quando sentem a necessidade de obter meios económicos para satisfazer o consumo, normalmente ligados a drogas pesadas e a crimes de propriedade (furto, roubo), vivendo o toxicodependente em função da substância, sendo esta quem lhe permite sentir em paz com o mundo.

Em suma, coexistem três modelos fundamentais explicativos da relação entre droga e crime: a) o psicofarmacológico, que pressupõem que o consumo de drogas determina a prática de comportamentos antissociais, incluindo criminalidade violenta; b) o económico-compulsivo, envergando o consumidor pelas prática de delitos como meio de sustentar o seu vício; e c) sistémico, destacando o ambiente em volta dos mercados ilegais de droga e dos fenómenos criminógenos inerentes aos mesmos, que determina que o consumidor entre em contacto com essa realidade oculta.<sup>385</sup> Considere-se que, por ex., em 2011 e no caso de cannabis, 49% da população portuguesa entre os 15 e 24 anos considera fácil ou muito fácil aceder a cannabis num período de 24 horas, sendo a média europeia, da mesma faixa etária, de 57% dos jovens que consideram igualmente fácil.<sup>386</sup> A droga encontra-se dissimulada na sociedade.

Certo é que relação entre droga e crime é uma relação complexa, influenciada por todo um conjunto de circunstâncias das mais diversas áreas. No entanto, não existem dados que comprovem que o consumo de drogas leva inevitavelmente a uma vida de crime. Em sentido inverso, dúvidas não há que, nos toxicodependentes com um estilo de vida delinquente, as práticas criminais relacionadas com as drogas são apenas uma pequena parcela.<sup>387</sup>

---

<sup>385</sup> NUNES, Laura M., *Droga-Crime Desconstruções...* (op. cit.). P.52-56

<sup>386</sup> SICAD – Sinopse Estatística, Portugal 2012, Servios de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências – Divisão de Estatística e Investigação, 2014

<sup>387</sup> Crime and Justice – Volume I – The Criminal in society, editado por Leon Radzinowicz e Marvin E. Wolfgang, Basic Books, Inc., Publishers, New York / London P.313

## 2. O Mercado das Drogas

No seguimento do papel das demais ciências no sentido de otimizar a política criminal, surge a perspectiva económica, a qual entra em consideração, *in casu*, nomeadamente face ao lucro que acompanha a droga, inerente às regras da oferta e da procura, o rácio entre custo-produção, bem como o custo social.

Desde logo, relativamente ao lucro advindo das drogas, constata-se que os preços exorbitantes das drogas são essencialmente consequência da sua ilegalidade. Ora, na atual crise financeira global, ainda não se conseguiu determinar a extensão das suas consequências no mercado das drogas, identificando-se atualmente duas essenciais: a diminuição dos lucros e uma mudança de drogas mais caras e de maior qualidade por outras mais baratas, ao alcance do público-alvo, e consequentemente mais danosas ao indivíduo e à sociedade.<sup>388</sup> O preço das drogas resulta, além da “compensação pelo risco” - sendo as condutas associadas à droga punidas severamente<sup>389</sup> e, em conformidade, comportando um risco superior, quer de ser apanhado, face à especialização das forças do combate à droga, quer de apanhar uma pena de prisão superior -, dos elevados “custos de produção”, onde se integram os custos com a sua produção, distribuição, com os intervenientes no negócio, com o custo da corrupção (necessária ou possível graças ao tráfico), e as perdas de produto, nomeadamente através das apreensões.<sup>390</sup>

Desta forma, a elevada criminalidade – quer originária, quer associada, tem sido referenciada pela perspectiva económica como resultado do proibicionismo existente nas condutas associadas às drogas, ao qual está implícito a existência de um mercado negro, onde o custo é superior, onde está presente o risco inerente à adulteração das substâncias e o contacto com o meio criminoso.<sup>391</sup> Assim, o modelo mercantil atual, de carácter capitalista, leva a que seja ponderada a inclusão de algumas substâncias que se encontram no monopólio do mercado negro nos mercados regulares, criando um regime semelhante às drogas legais, tal como sucede com o álcool e com o tabaco. Isto, de maneira a que seja exercido um “retro controlo” que o modelo proibicionista falhou em exercer,<sup>392</sup> sendo o mercado legal o que melhor assegura a qualidade da droga, qualidade essa inatingível pelo

<sup>388</sup> WORLD DRUG REPORT 2014, UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations, June 2014. ISBN 978-92-1-148277-5. P.18-19

<sup>389</sup> Com exceção do consumo punido nos termos da Lei 30/2000, 29 de Novembro.

<sup>390</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas...* (op. cit.). p.111

<sup>391</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das ...* (op. cit.).

<sup>392</sup> Santos, Pastor, 1986, pp.236-237 *apud* ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas...* (op. cit.), p.1098



mercado negro, aspeto este fundamental no álcool.<sup>393</sup> De facto, a qualidade dos produtos que circulam no mercado negro podem ser considerados equivalente a quaisquer outras mercadorias vendidas no mercado negro, sem qualquer tipo de controlo, podendo ser falsificadas, extraídas ou misturadas (traçados) com outras substâncias, com grau de pureza ou concentração desconhecido pelo consumidor.<sup>394</sup>

Ora, sendo as tendências de mercado influenciadas por diversos fatores, de entre os quais a lei aplicável às condutas e a eficácia das medidas de combate ao tráfico de drogas, e, de forma a facilitar o trabalho das organizações criminosas e dos traficantes em geral, fruto da atual era global emergiu um mercado *online* de drogas, apresentando um mercado dinâmico devido ao desenvolvimento da informação e ao aproximadamente global, nomeadamente através das novas tecnologias, através das quais os indivíduos podem traficar à revelia dos olhos da sociedade, divulgando através de publicidade em diversos *sites*, através de fóruns, utilizando aplicações eletrónicas comuns, e assim criando “*interconexões entre os domínios da procura e da oferta de drogas, e novos desafios a um ritmo crescente.*”<sup>395</sup>

De entre os domínios *online* onde se encontra presente o mercado de drogas *online*, destaca-se a “deep web”, inacessível através dos browsers comuns, sendo necessária a utilização de aplicações como o “Tor”<sup>396</sup>, onde os utilizadores podem circular anonimamente, sendo a maior preocupação das autoridades os mercados virtuais. Apesar da utilização destes últimos se encontrar reduzida atualmente, tem emergindo como o meio mais viável de comercializar as drogas, sendo o Silk Road<sup>397</sup> nomeado como principal responsável pela alteração de paradigma, fornecendo aos traficantes um mercado global para comercializar os seus produtos; permitindo-lhes alcançar uma multiplicidade de consumidores a quem nunca chegariam de outra forma, e em completo anonimato, bem

---

<sup>393</sup> CÔTÈ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica... (*op. cit.*). P.111

<sup>394</sup> *Idem*. P.65

<sup>395</sup> EMCDDA, 2013 *apud* SICAD – Enquadramento Epidemiológico – Geral, II . A. Contextualização do fenómeno dos comportamentos aditivos e das dependências em Portugal, disponível online em [http://www.sicad.pt/BK/EstatisticaInvestigacao/InformacaoEstatistica/Enquadramento/Lists/SICAD\\_ENQUADRAMENTO/Attachments/1/Enquadramento\\_Epidemiologico\\_Geral.pdf](http://www.sicad.pt/BK/EstatisticaInvestigacao/InformacaoEstatistica/Enquadramento/Lists/SICAD_ENQUADRAMENTO/Attachments/1/Enquadramento_Epidemiologico_Geral.pdf), consultado em 20/12/2014. P.12 VER FONTE ORIGINAL.

<sup>396</sup> Software gratuito que evita a análise de tráfico online, tratamento de informação e controlo virtual por parte das autoridades, permitindo que se vagueie pela internet com o respectivo i.p. camuflado, melhorando a privacidade e a segurança na Internet. In <https://www.torproject.org/about/overview.html.en>, consultado em 08/03/2015

<sup>397</sup> “Bazaar” de droga online, que comercializa as substâncias através de bitcoins como unidade monetária virtual. Condenada por fraude de documentos de identificação, cumplicidade e auxílio no tráfico/distribuição de drogas, conspiração informática, Branqueamento de Capitais e por organização criminosa (CCE Statute). In <http://silkroaddrugs.org/> consultado em 08/06/2015

como a oportunidade de interagir num ambiente relativamente seguro.<sup>398</sup> Este ambiente seguro funciona quer para o consumidor, quer para o traficante, diminuindo, desde logo, a possibilidade de condutas violentas entre as partes, não havendo qualquer contacto estreito, e curiosamente, proporcionando um aumento de qualidade de produto (pureza, preço e tipologia), consequência da diminuição dos demais custos de produção supra mencionados, sendo as próprias substâncias discutidas e referenciadas pelos próprios consumidores, sem qualquer tabu<sup>399</sup>, provocando uma maior pressão sobre os traficantes para que forneçam produtos de qualidade e seguros, e permitindo aos consumidores informarem-se previamente quais os traficantes mais confiáveis, surgindo desta forma a regulação informal, tal como sucedera até ao séc. XX (e tal como sucede atualmente, com a peculiaridade de ser ilegal).

### Capítulo III – Relação entre Droga e Morte

Já relativamente às mortes relacionadas com a droga, destaca-se como principal causa as *overdoses*<sup>400</sup>, consequência das alterações das substâncias descontroladas, do policonsumo, nomeadamente com benzodiazepinas e álcool, e da tolerância reduzida devido a abstinência, como sucede após tratamento, detenção ou no caso de abstinência autoinduzida.<sup>401</sup>

Estima-se que, na Europa, em 2012, a taxa média de mortalidade consequência de *overdoses* ronde as 17 mortes por um milhão de habitantes com idade compreendida entre os 15 e os 64 anos.<sup>402</sup> Outras causas são ainda as advindas de vírus transmissíveis por sangue, como o HIV e as Hepatites B e C (sendo indiscutível a responsabilidade da proibição em termos jurídico-criminais pela proibição na propagação dessas doenças<sup>403</sup>), acidentes de viação e suicídios. Por fim, como que camufladas na sociedade e, como tal, dificilmente contabilizadas, originando cifras negras, estão os problemas de higiene e

---

<sup>398</sup> Barratt et al., 2014; Van Hout and Bingham, 2013 *apud* European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction – The Internet and drug markets – The Internet and drug markets. Summary of results from and EMCDDA Trendspotter study, disponível online em <http://www.emcdda.europa.eu/publications/technical-reports/internet-drug-markets>, consultado em 18/02/2015. P.6

<sup>399</sup> European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction – The Internet and drug markets – The Internet and drug markets. Summary of results from and EMCDDA Trendspotter study, disponível online em <http://www.emcdda.europa.eu/publications/technical-reports/internet-drug-markets>, consultado em 18/02/2015. P.5

<sup>400</sup> Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência – *Relatório Europeu sobre Drogas...* (op. cit.).P.48

<sup>401</sup> WORLD DRUG REPORT 2014, UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime... (op. cit.).P.3

<sup>402</sup> Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência – *Relatório Europeu sobre Drogas...* (op. cit.).P.49

<sup>403</sup> CÔTÈ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica, Tradução de Maria Eduarda Azinheira e Maria Leonor Silvestre, 1ª edição, Ulmeiro, 1997. P.131. ISBN 972-706-270-9. P.64-65

saúde, como é o caso da exclusão social, a mendicidade, o estilo de vida caótico, problemas mentais, ou policonsumo excessivo com outras substâncias, como o álcool ou o tabaco.<sup>404</sup> Atualmente, com a emergência das substâncias sintéticas, tornam-se ainda mais preocupantes as *overdoses* consequência do policonsumo, face à dificuldade na sua deteção, encontrando-se presentes no organismo em concentrações muito reduzidas, e não sendo possível à lei acompanhar o surgimento de novas substâncias em tempo útil.<sup>405</sup>

No entanto, as *overdoses* e as causas de morte supra mencionadas representam apenas uma parte das mortes relacionadas com as drogas. Como outras causas de morte relacionadas com a droga, destacam-se as guerras entre gangs/grupos criminosos e as forças policiais, bem como as lutas destes entre si, almejando controlar o monopólio do comércio das drogas por regiões, das quais surge a verdadeira criminalidade violenta relacionada com as drogas. Relativamente à morte devido a acidentes de viação, as drogas ilícitas mais presentes são a cannabis e a cocaína – 4,2% e 1,4%<sup>406</sup>, respetivamente, sendo certo que não existe qualquer relação direta provada entre os acidentes e as substâncias, destinando-se o álcool como a substância mais presente.<sup>407</sup> De facto, em termos globais, estima-se que, em 2012, as mortes causadas diretamente pelo consumo de drogas de abuso – atento o Protocolo OEDT (que atribui mais causas do que a sucinta lista europeia, tenham sido 16, tendo alcançado o seu auge na última década em 2009, com 27 mortes diretamente relacionadas, o que, diga-se, constitui um valor risório<sup>408</sup>, atento que se destacam como principais causas da overdose, como já referimos, as adulterações químicas, o policonsumo e a abstinência descontrolada.

Quanto a outras mortes onde as substâncias toxicológicas se encontravam ativas, estas verificaram-se, no ano de 2013, 71 mortes por acidente (viação, trabalho, etc.), em 12 mortes por homicídio, 53 casos em mortes naturais, em 20 por suicídio e em 6 por causas indeterminadas, estando presente em 67% de todos os casos mais do que uma substância, nomeadamente o álcool.<sup>409</sup>

---

<sup>404</sup> EMCDDA PAPERS – Mortality among drug users in Europe: new and old challenges for public health. Luxemburg: Publications Office of the European Union. ISBN 978-92-9168-757-2. P.2, 6

<sup>405</sup> Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência – *Relatório Europeu sobre Drogas...* (op. cit.).P.12

<sup>406</sup> *Idem.*

<sup>407</sup> *Ibidem.* p.64

<sup>408</sup> No caso dos condutores em geral, constatou-se que o álcool (30,1 g/L) foi a substância que apresentou a maior prevalência a nível europeu SICAD – Relatório Anual 2013 – A Situação do País em Matérias de Droga e Toxicodependências. 2014,

<sup>409</sup> *Ibidem.* p.64

<sup>409</sup> *Ibidem.* .67-68

Podemos ainda afirmar que, em suma, o dano causado pelas drogas não se encontra diretamente relacionado com o seu consumo, mas sim com as condições ambientais inerentes à sua aquisição e consumo.<sup>410</sup>

Neste sentido não se compreende, face aos danos causados pelo álcool e pelo tabaco, a seletividade do Estado, nomeadamente quando considerado que, em 2010, as mortes atribuídas ao tabaco rondavam os 10,3%, sendo responsável pela morte de cerca de 11000 pessoas só em Portugal<sup>411</sup>. Relativamente ao álcool, cerca de 90% da população consome, 1 em cada 10 consumidores têm problemas de alcoolismo e, só em 2012, foi responsável por cerca de 5,9% de todas as mortes no mundo, ou seja, por cerca de 3,3 milhões de pessoas, sendo a substância mais presente nos casos de policonsumo.<sup>412</sup>

## Capítulo IV – Relação entre Droga e Controlo Social

### 1. O Controlo Social e a sua Influência

Ora, o controlo social consiste essencialmente numa noção sociológica usada pelos criminólogos para designar “*os esforços de todos para manter a delinquência dentro dos limites suportáveis*”, que engloba medidas preventivas e repressivas, ações privadas e públicas; e meios persuasivos e dissuasores, prevenindo-se o crime através de intervenções não penais. Desta forma, a repressão do crime, de carácter essencialmente penal, reativo e público, é constituído por uma “*cadeia concebida para neutralizar, dissuadir ou reinserir os delinquentes*”.<sup>413</sup> Quanto à influência do controlo social, desde logo foi ao problematizar, não os factos concretos, mas o *modo e os motivos da reação do estado ao crime* que o interacionismo tornou as instâncias de controlo social, quer formais, quer informais, objeto da criminologia.

De facto, os controlos sociais podem ser formais, exercidos através do uso da força ou de meios persuasivos, que exercem uma ação moral sobre os seus destinatários, ou

---

<sup>410</sup> Lachenmeier, W. Dirk, e Rehm, Jürgen – Comparative risk assessment of alcohol, tobacco, cannabis and other illicit drugs using the margin of exposure approach, *in* Scientific Reports, published in 30/01/2015, p.5

<sup>411</sup> PORTUGAL Portugal Prevenção e Controlo do Tabagismo em Números – 2014, Programa Nacional para a Prevenção e Controlo do Tabagismo, Direcção Geral de Saúde, disponível online em [http://www.sppneumologia.pt/uploads/files/comissoestrabalho/ct%20tabagismo/tabagismo11\(1\).pdf](http://www.sppneumologia.pt/uploads/files/comissoestrabalho/ct%20tabagismo/tabagismo11(1).pdf).

<sup>412</sup> SASSI, Franco. Tackling Harmful Alcohol Use – Economics and Public Health Policy. OECD. ISBN 978-92-64-18106-9. Disponível online em [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/tackling-harmful-alcohol-use\\_9789264181069-en#page86](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/tackling-harmful-alcohol-use_9789264181069-en#page86)

<sup>413</sup> CUSSON, Maurice – Criminologia... (*op. cit.*). P.197-198

informais, de âmbito educacional e exercido através de pressões sociais. Como exemplos mais significativos das instâncias de controlo formal temos a lei criminal, a polícia, o ministério público, e os tribunais (sistema judicial e judiciário); e das instâncias de controlo informal estão os pais, a família, os amigos, colegas, professores, em suma, todo o meio social e ambiental que rodeia o indivíduo, e com o qual este interage no dia-a-dia.

Analizados os vários meios de controlo social, o criminólogo distingue três formas de lutar contra o crime, que se distinguem entre si pelos intervenientes, pela lógica, ou pelo contexto: a) a mobilização de controlos informais; b) a prevenção situacional, através da proteção pode gerar proximidade de bens e pessoas; e c) o conjunto de sanções penais, que são impostas e aplicadas pela força pública.<sup>414</sup>

Relativamente à mobilização dos controlos informais, quanto maior for a probabilidade de sancionamento da sua conduta por estes, menor será a probabilidade de cometer delitos. No entanto, quando a pressão de pares acolher as condutas com indiferença, a sanção não surtirá qualquer efeito dissuasor, correspondendo, a contrário, o sancionamento ou repressão da conduta ao efeito perverso das reações sociais, nomeadamente a etiquetagem e estigmatização.<sup>415</sup> Já a prevenção situacional tem como objetivo evitar a vitimização através de comportamentos estratégicos, dissuadindo os indivíduos de cometer delitos, através, por ex., de obstáculos físicos, sistemas de vigilância, iluminação, animais de guarda, etc.. Por fim, relativamente às sanções penais, temos que a pena corresponde ao preço a pagar por cometer o crime, tendo em conta a sua ilicitude e a culpa. Em suma, consistem as funções primordiais do controlo social na ressocialização, neutralização, dissuasão<sup>416</sup> e censura.<sup>417</sup>

Ora, isoladamente, ambas as formas de controlo social são aptas a falhar, devendo ser aplicado ao delinquente o regime previsto na legislação acompanhado pelo controlo informal, sob pena de colocar em risco a eficaz prossecução dos seus objetivos. Isto porque, atuando o controlo social informal sem o acompanhamento do sistema de controlo formal, o delinquente é alvo de represálias imediatas, capazes de anular o tratamento previsto e institucionalizado para o caso concreto, passando o delinquente a ser vítima do sistema de controlo informal, sem que possa exercer ou usufruir as garantias legalmente

---

<sup>414</sup> *Idem*.P. 199-200

<sup>415</sup> *Idem*. P.203-204

<sup>416</sup> Sendo que uma pena será persuasiva se a) a validade da lei sancionada é reconhecida pela maioria da população; b) os cidadãos são receptivos porque integram a sociedade; c) a probabilidade da pena mantém-se aplicável; e d) a pena é justa e equitativa, tanto no conteúdo como na forma.

<sup>417</sup> CUSSON, Maurice – Criminologia, Prefácio de Cândido da Agra e Tradução de Josefina Castro, 3.<sup>a</sup> edição, Maio de 2011, CASA DAS LETRAS. ISBN 978-972-46-1620-9 P.211

previstas. Por outro lado, o controlo social formal é considerado seletivo e discriminatório, orientado por determinações políticas e decisões internas que extravasam o teor concreto da lei, beneficiando os que se encontram no topo do *status social* em detrimento da população mais desfavorecida, indo ao encontro da tese de Becker, segundo a qual o comportamento desviante é consequência da criação de normas legais e da sua aplicação seletiva, que determina a estigmatização dos indivíduos, correspondendo a estigmatização às representações sociais que orientam as pessoas no seu quotidiano, que servem como manifestação da coesão social, concordando, desta forma, a criminologia atual em atribuir a devida importância aos mecanismos de seleção, e assim surgindo o estereótipo como *mecanismo de seleção e reprodução*.<sup>418</sup> Conforme explica Alessandro Baratta, os efeitos secundários das drogas (relativos à incriminação) são negativos, dando lugar a que se considerem os custos sociais da criminalização, que resultam da própria criminalização oficial e da reação informal, facilitando o início da carreira da toxicodependência. Desta forma, temos o toxicodependente também como produto das instâncias de controlo.<sup>419</sup>

## 2. A Estigmatização como Consequência da Reação Social

Decorrente do estudo deste fenómeno estigmatizante, surgiu a Criminologia da Reação Social, ou interacionista, cujas teorias vêem no sistema de política criminal um vasto aparelho de produção de crimes e de etiquetagem de pobres miseráveis ” (...) *controlado pelos ricos e poderosos, que o colocam ao serviço dos seus interesses*”<sup>420</sup>. Neste sentido, Louk Hulsman e Bernat de Celis<sup>421</sup> desconstroem este fenómeno em três proposições: “a) a desviância é uma construção social; b) a criminalização é uma arma nas mãos dos poderosos; e c) a estigmatização amplifica a desviância.”<sup>422</sup> Relativamente à

---

<sup>418</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia... (op. cit.). P.388-389

<sup>419</sup> A. Baratta (1990). (Une politique rationnelle des drogues? Dimensions sociologiques du prohibitionnisme actuel. *Deviance et société*, vol. 14, n.º2, 1990, 157-178 *apud* ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas...* (op. cit.). p.126

<sup>420</sup> CUSSON, Maurice – Criminologia... (op. cit.). P.95

<sup>421</sup> HULSMAN; Louk; BERNAT DE CÉLIS, J. – *Peines perdues, le système pénal en question*, Paris, Lec Centurion, 1982 *apud* CUSSON, Maurice – Criminologia... (op. cit.). P.96

<sup>422</sup> No mesmo sentido Alessandro Baratta, referindo que “*las teorías confluctuales de la criminalidad niegan el principio del interés social y del delito natural afirmando que: a) los intereses que están en la base de la formación y d la aplicación del derecho penal son los intereses de aquellos grupos que tienen el poder de influir sobre los procesos de criminalización. Los intereses protegidos a través del derecho penal no son, por tanto, intereses comunes a todos los ciudadanos; b) a criminalidad en su conjunto es una realidad social creada a través del proceso de criminalización. La criminalidad y todo el derecho penal tienen siempre, en consecuencia, naturaleza política. La referencia a la protección de determinados órdenes políticos y económicos, al conflicto entre grupos sociales, no es exclusiva de un pequeño número de delitos “artificiales,” in BARATTA, Alessandro – Criminología Crítica Y Crítica del Derecho Penal*

teoria do *Labelling approach*, defendida por Garfinker, Shur e Becker *et alli*, esta parte do princípio de que a desviância “*não é uma qualidade ontológica da acção, mas antes o resultado duma reacção social e que o delinquente apenas se distingue do homem normal devido à estigmatização que sofre*”<sup>423</sup>, daí que se esta teoria se centre no processo de interação através do qual o indivíduo é estigmatizado como delinquente.<sup>424</sup> sendo as instâncias formais e informais (sociais) de reacção e controlo que constituem o cerne de estudo do *Labeling*. Desta forma, terão um papel determinante, não só as motivações do delinquente, mas sim os mecanismos de seleção das instâncias de controlo. ” As normas penais passam a ser vistas numa como “*expressão do domínio de um grupo ou classe, (...) e o direito criminal passa a ser encarado como um instrumento ao serviço dos interesses dos detentores do poder.*”<sup>425</sup> Tendo em conta que a conduta típica-ilícita praticada não se fica pela sua natureza ontológica, do *ser*, passando ainda a ter uma natureza estigmatizante, esta estigmatização não será apenas relativamente às normas sociais comuns, aos interesses comuns da sociedade, mas relativamente a interesses de determinados grupos sociais.

Conforme explica Manuel Valente, todo o processo de mutação permanente na intervenção estatal, institucional ou comunitária, influencia a ordem jurídica, interpretada no sentido de “*resultado e reflexo da estrutura cognitiva da sociedade face aos valores morais e éticos, aos costumes e à visão abrangente ou minimalista dos problemas que a abarcam e a circundam*”.<sup>426</sup> Nesse propósito de influência das preocupações sociais tem um papel primordial a opinião pública como *reflexo manipulado pelo poder legislativo*<sup>427</sup>, para que este fundamente as suas opções políticas e legislativas com base na convicção da sua necessidade por parte da população, manipulando a sua perceção objetiva sobre o problema. De facto, a opinião pública pode ser interpretada como a “arma legitimadora da intervenção ou não intervenção penal”, podendo ser uma arma perigosa nas mãos erradas.<sup>428</sup> Especialmente, quando considerada a ignorância popular existente relativamente à lei, determinando o correto e errado em seguimento das interações e dinâmicas sociais populares, influenciando-se mutuamente, onde o Poder almeja o poder que a população acredite viver num mundo justo, e a população que o poder lhe permita viver num mesmo

---

– *Introducción a la sociología jurídico-penal*, traducción de Álvaro Buñster. 1.ª ed., Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p.264. ISBN 987-1105-18-5.P.123

<sup>423</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 1ª ed. Coimbra Editora, 2011. P.49-50

<sup>424</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia...* (*op. cit.*). P.49-50

<sup>425</sup> *Idem.* P.43

<sup>426</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga ...* (*op. cit.*). p.43

<sup>427</sup> Da mesma forma que Nero incendiou Roma, de orna a obter o apoio dos cidadãos na perseguição aos cristãos.

<sup>428</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Droga ...* (*op. cit.*). p.41

mundo.<sup>429</sup> Para tanto, *in casu*, revela-se necessário fazer cessar a ideia de que a droga mata, que as drogas ilegais provocam mais danos do que as legais, bem como eliminar a ideia de que a única forma de consumir drogas de forma responsável ou saudável, é não as usando de todo<sup>430</sup>, sob pena de se viver num estado de ignorância causado pelo próprio Estado.

---

<sup>429</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, *Análise Psicocriminal das Drogas...* (*op. cit.*). p.72

<sup>430</sup> MCWILLIAMS, Peter – *Ain't Nobody's Business If You do, ...* (*op. cit.*).



## PARTE III – POSTURAS POLÍTICAS E O FUTURO

### Capítulo I – A Evolução Político-Criminal

#### 1. Proibicionismo

O proibicionismo, nascido em Ohio por iniciativa de igrejas locais (ambas católicas e protestantes), e sob o hino “*ao badalar dos sinos nas igrejas de Ohio, os saloons devem partir*”, atribuindo o álcool como causa da degradação existente na América no final do séc.XIX.<sup>431</sup>, surgiu fundamentado por valores e ideologias morais, conduzindo às principais proibições legislativas na produção de produtos outrora legais, como o álcool e as drogas. Atualmente vigora no nosso ordenamento jurídico uma lógica de cariz essencialmente proibicionista, proibindo-se o consumo pela via contraordenacional quando está em causa quantidades inferiores a dez doses diárias, e pela via penal quando estão em causa a mesma conduta com quantidades superiores, tal como sucede com a distribuição, produção, e demais condutas diretamente associadas aos estupefacientes e substâncias psicotrópicas e que consubstanciam o tráfico nos termos do art.21.º do Decreto-Lei n.º 15/93 (aplicando-se normas distintas), tendo como fundamento legal, desde logo, a necessidade de obedecer ao direito internacional, concretamente às convenções assinadas e ratificadas por Portugal, indo ao encontro do princípio da cooperação internacional.

Ora, o Direito Penal, através do ramo penal, atua essencialmente para controlar a oferta e a procura, perseguindo e punindo severamente toda a organização que fornece as substâncias, utilizando mecanismos de lógica preventiva para sancionar o consumidor para tanto, não tendo a perseguição sido eficaz na prossecução dos seus objetivos. De facto, dos fatores que demonstram a limitação do direito na diminuição de oferta e procura das drogas, encontra-se desde logo o facto do consumo de droga ser regulado sem qualquer interferência das normas legais penais, como sucedeu até ao séc. XX; o facto de os controlos informais desenvolverem um papel mais eficaz nas diversas fases do consumo; e a divisão/descentralização de competências de entre as várias entidades públicas, nomeadamente entre o sistema judicial, sistema de saúde, de segurança social, etc..

---

<sup>431</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo; RIBEIRO, Marcelo, MSc – Política mundial de drogas ilícitas... (*op. cit.*). P.5

Esta intervenção revelou-se ainda cara e ineficaz na prossecução do objetivo da defesa da saúde pública, mantendo-se o consumo inalterado pelo proibicionismo, as drogas cada vez mais fortes, com efeitos mais nefastos, e a produção e a venda dos produtos sendo cada vez mais lucrativa, circulando biliões de dólares em todo o mundo<sup>432</sup>, lucro esse determinado pela necessidade das condutas associadas à droga se praticarem à revelia da sociedade, quer nos mercados negros, quer através de pequenos *dealers* um pouco por todo o lado, e que cresce proporcionalmente ao risco inerente.

Como enuncia Côté, “*a guerra está perdida*”, baseando-se no facto de se tratar de uma guerra contra os próprios cidadãos e contra as suas próprias vontades, “[n]uma guerra contra a liberdade”, transformando pessoas que praticam atos que concretamente os lesam a si mesmo, e abstratamente a sociedade (sendo esta constituída por um conjunto de indivíduos, tendo todos uma quota-parte de obrigação de não danificar a sociedade).<sup>433</sup>. Continuando presentes tais condutas na sociedade, cumpre reconhecer a falência do regime atual, aceitando os próprios responsáveis uma média inferior a 10% das operações de interceção de drogas internacionalmente.<sup>434</sup>

De facto, não tendo a luta contra a droga sido eficaz, nomeadamente nos E.U.A., onde foi lançado o programa *war on drugs*, em 1971, e onde são disponibilizadas verbas astronómicas nessa luta, demonstrado ficou que o proibicionismo consistia em si mesmo um negócio bastante lucrativo.<sup>435</sup> Assim, conforme explica Jorge Quintas, esta postura política, em termos internacionais, além de não alcançar a diminuição da procura e oferta, tem ainda consequências nefastas. Relativamente ao plano económico, destacam-se os lucros e valores monetários que são aproveitados pelas organizações criminosas, o branqueamento de capitais, as verbas despendidas na luta contra a droga, a corrupção e o financiamento de terrorismo e de grupos violentos; no plano social verifica-se a marginalização dos consumidores de drogas, o aumento da criminalidade (diretamente relacionada com as condutas que consubstanciam o tráfico); a criminalidade aquisitiva, a violência relacionada com o mercado oculto da droga, a criação e deterioração das zonas de risco onde se encontra intimamente presente a droga, bem como a utilização e aliciação de jovens para traficar e consumir; no plano sanitário destaca-se o constante aumento da perigosidade das substâncias consumidas pela qualidade cada vez menor, de forma a criar

---

<sup>432</sup> BOITEUX, Luciana – Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas Ilícitas, in Journal “Le Monde Diplomatique”, Ano 3, n.º26, Set.2009. p.1

<sup>433</sup> CÔTÉ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica... (*op. cit.*). P.31,57

<sup>434</sup> Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas... (*op. cit.*).P.42-43

<sup>435</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, Análise Psicocriminal das Drogas... (*op. cit.*)...125

lucros superiores, comportamentos de risco associados ao meio delinquente, a desconfiança e desvio da beneficiação dos consumidores a programas de redução de danos e de reabilitação; e no plano jurídico as práticas ilegais e abusivas por parte das autoridades públicas, em detrimento do respeito pelas liberdades e garantias dos cidadãos, o risco de corrupção das mesmas autoridades, a sua intervenção discriminatória e, assim, a perda de credibilidade e respeito da lei por parte dos cidadãos.<sup>436</sup>

Atualmente a droga é encarada com alguma naturalidade, sendo a insegurança urbana e as condutas ilícitas parte de uma sociedade de risco. Verificada a existência da droga em determinado meio social, e verificando-se a impossibilidade de a derrotar, construiu-se uma visão de conflito social. Desta forma, tendo-se alterado o paradigma reativo do Estado, passando a consistir em programas de risco, que asseguram o consumo de droga de forma mais segura, tal como sucede numa lógica de mercado, substituindo as drogas compradas no mercado negro por drogas produzidas de forma controlada, procurando-se adotar, como Fernandes explica, intervenções mais adequadas aos problemas médico-psicossociológicos existentes.<sup>437</sup> Curiosa é a hipocrisia do sistema, ao afirmar que *“se quiser ter legalmente acesso às drogas, comece por obtê-las ilegalmente. Quando conseguir que o classifiquem como toxicodependente, terá acesso à droga legal”*.<sup>438</sup>

## 2. Ventos de Mudança

Ora, num Estado de Direito de cariz Social e Democrático, a criação de normas jurídicas, pressupõe a necessidade de regular uma determinada situação, encontrando-se a intervenção do ramo do Direito Penal apenas legitimado para atuar quando todos os outros ramos não consigam acautelar os interesses objeto de regulação, necessidade essa que deve estar interiorizada nos seus destinatários.<sup>439</sup> Quando essa necessidade deixa de se sentir na sociedade, surge a necessidade de reduzir o controlo formal em determinadas situações, porquanto a conduta deixa de ser considerada indesejada, ou, apesar de ainda indesejável, quando a sua criminalização ultrapassar os limites constitucionalmente impostos, levando, ou à descriminalização de determinada conduta, ou seja, à renúncia do Estado ao controlo

<sup>436</sup> Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas... (op. cit.).. P.45-46

<sup>437</sup> Fernandes, 2009,

<sup>438</sup> CÔTÊ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica... (op. cit.). P.75

<sup>439</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, Análise Psicocriminal das Drogas... (op. cit.).p.77

da conduta; ou à necessidade de utilizar meios mais adequados e eficazes<sup>440</sup>, sendo que o direito, conforme refere o Professor Faria Costa, “*muito embora seja utensílio é também facto, que, como tal, tem de ser regulado e apreciado ao nível do útil*”. Averiguada a sua inutilidade, verificar-se-á uma redução formal da competência do Direito Penal, passando a entender a situação como um problema.<sup>441</sup>

Como a história tem vindo a demonstrar, para o poder, o crime constitui um dos expedientes mais gratificantes, invocando os políticos a aplicação do Direito Penal como solução para os vários problemas sociais. No entanto, como refere HART, “*é relativamente fácil promulgar leis criminais, mas é extremamente difícil revogá-las*”. Descriminalizar é, com efeito, “*um acto político que tem contra si as representações e as crenças do público em geral e, por via disso, o interesse dos políticos.*”<sup>442</sup>

Renunciando o Estado ao controlo de determinadas situações, as condutas descriminalizadas ficam reduzidas a conceitos morais, na dependência individual, não podendo ser censuráveis pelos controlos sociais formais. Mudando as regras com o passar do tempo - estando estas dependentes dos interesses daqueles que se encontram no poder, da importância atribuída aos valores que se pretendem proteger, bem como das ideologias vigentes, tais como os interesses por detrás da pena, no fundo, das circunstâncias temporais e espaciais de cada cultura - os fenómenos da criminalização/descriminalização tornam-se constantes na sociedade, devendo o Direito Penal ser interpretado como um ramo aberto, recetível à mudança e à adequação da sociedade para alcançar os seus fins. Desta forma, surge a descriminalização como decorrência da lógica do sistema para fazer face à complexidade da sociedade atual e da sucessão de “*definições oficiais da realidade*”<sup>443</sup>, admitindo-se a impossibilidade de regular um comportamento que se proíbe, nomeadamente quando essa proibição é imposta pelo ramo de Direito Penal<sup>444</sup>.

A verificação deste fenómeno tem como principal causa a crise da hipercriminalização, que acaba por colocar, quer a legitimidade do estado, quer a sua eficácia em causa.<sup>445</sup> Isto porque, seguindo-se a lógica aplicada à criminalização, será necessário averiguar a legitimidade e a necessidade do Estado de controlar determinadas condutas, culminando com a consideração da relação custo-benefício (decompondo os

---

<sup>440</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia... (op. cit.).P.403

<sup>441</sup> Idem. P.399-400

<sup>442</sup> Idem. P.413-414

<sup>443</sup> Idem.. P.398-399

<sup>444</sup> Morris, 1973 apud SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – “Victimless Crimes... (op. cit.).

<sup>445</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia... (op. cit.). P.404

danos em danos causados pelo uso de drogas e os danos causados através da intervenção dos mecanismos de controlo que atuam sobre a droga<sup>446</sup>, de forma a assegurar a sua eficácia<sup>447</sup>, bem como o seu oportunismo. Atualmente, face aos princípios inerentes ao Direito Penal, verifica-se que, do ponto de vista deste ramo jurídico, “*a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua maneira, contando que não lesem diretamente a pessoa ou a propriedade alheia*”, sob pena de se violar os princípios de imanência social e de consenso, tendo o primeiro o escopo de assegurar que o Direito Penal não intervém na proteção de finalidades meramente culturais, ideológicas ou moralistas, e o segundo o objetivo de reduzir a intervenção do Direito Penal ao mínimo necessário para assegurar a proteção eficaz dos bens jurídicos.

Desta forma, a opção descriminalizadora estará apta para otimizar as soluções de controlo, através do alcance de políticas mais eficazes e com menores custos sociais, por motivos já mencionados de utilidade e oportunismo. Posto isto, é possível afirmar que a lógica descriminalizadora se baseia essencialmente em dois aspetos: na liberdade individual<sup>448</sup>, na eficácia e na utilidade da incriminação, fatores que motivaram a elaboração das teorias interacionistas, da criminologia crítica, e do conceito de crime sem vítima.<sup>449</sup> Como explica Morris, Norval, e Hawkins, Gordon, “*quando a lei criminal invade a esfera da moralidade privada e saúde pública, excede os seus limites em detrimento das suas principais funções, sendo esta extensão de legitimidade cara, ineficaz e crimogénea*”<sup>450</sup>.

É necessário ainda que as normas sejam interiorizadas pela sociedade, e os valores que pretendem proteger sejam pelos mesmos reconhecidos. Assim, atualmente o debate público sobre a escolha do regime jurídico aplicado ao consumo de drogas direciona a sua influência no indivíduo e na sociedade, face à interiorização da sociedade e dos indivíduos das normas jurídicas, interiorização essa que tem como pressuposto o conhecimento das normas legais e da sua aplicação, o que, atualmente, não sucede em pleno, havendo uma

<sup>446</sup> Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas... (op. cit.).P.44

<sup>447</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia... (op. cit.).P.404

<sup>448</sup> De facto, um dos maiores argumentos a favor da legalização das drogas é efectivamente a liberdade dos cidadãos, nos termos do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que pasamos a citar: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem apenas como limites aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o usufruto desses mesmos direitos” in <sup>448</sup> CÔTÉ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica... (op. cit.). P.79

<sup>449</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, Análise Psicocriminal das ... (op. cit.).p.83

<sup>450</sup> “When the criminal law invades the spheres of private morality and social welfare, it exceeds its proper limits at the cost of neglecting its primary tasks. This unwarranted extension is expensive, ineffective, and criminogenic (...)” in Morris, Norval, and Hawkins, Gordon, 1970. *The Honest Politician’s Guide to Crime Control*. Chicago: University of Chicago Press p.2 apud SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – “Victimless Crimes ... (op. cit.). P.10 (tradução livre pelo autor).

ignorância por parte da sociedade dos limites que determinam a aplicação do Decreto-Lei n.º 15/93 ou da Lei n.º 30/2000, e, como tal, da existência deste dualismo sancionatório.

Em Portugal, desde a proibição ocorrida em 1914, e essencialmente desde 1970, até à presente data, que a repressão das drogas é baseada numa “*avaliação arbitrária e consideravelmente errada quanto aos seus perigos reais*”, consequência de falta de rigor, levando à perceção de que o combate às drogas não é necessariamente uma empresa racional <sup>451</sup>, sendo um debate fundamentalmente ideológico, baseado em prognósticos sobre potenciais consequências de eventuais regimes a aplicar. Neste sentido, Jelsma<sup>452</sup> enuncia seis recomendações: a) a alteração dos paradigmas políticos baseados em princípios ideológicos, b) a diferenciação de substâncias com base nos danos para a saúde e a distinção com efeitos no tipo legal entre os vários consumos; c) a redução de danos, em substituição da ideologia de “tolerância zero”, que beneficiam quer o consumidor, quer a sociedade, chegando-se à conclusão que, com as políticas proibicionistas, a principal consequência foi enriquecer os negócios da droga<sup>453</sup>; d) a flexibilidade, alterando a regulação internacional que impede a adaptação da legislação nacional a diferenças culturais, de forma a permitir a sua plena integração com respeito pelas suas ideologias; e) a proporcionalidade, devendo o controlo das drogas respeitar os direitos humanos, quer no que diz respeito à construção do tipo, quer à aplicação concreta das sanções, afastando-se o princípio maquiavélico de que “*os fins justificam os meios*”; e f) a participação ativa na determinação das políticas das drogas dos cultivadores, trabalhadores da área de saúde e dos consumidores, entre outros envolvidos.

Conforme explica Jorge Quintas, somos forçados a admitir a existência das drogas e dos danos, quer individuais, quer sociais, e a falência do sistema em reprimi-la. Devemos então procurar controlar os seus efeitos e as suas consequências<sup>454</sup>, de forma a alcançar um resultado positivo no cálculo jurídico e social. Desta forma, de entre as teses não proibicionistas, surgem quatro possibilidades principais: a) a liberalização do consumo e do mercado de droga – que permitiria aplicar regras mais flexíveis e liberais do que o que sucede com o tabaco e o álcool, com cargas fiscais elevadas, desproporcionais aos custos de produção; b) a legalização do consumo de drogas, mantendo a proibição e o comércio

---

<sup>451</sup> CÔTÊ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica... (*op. cit.*).P.71

<sup>452</sup> JELSMA, Martin – *O estado atual do debate sobre políticas de drogas. Tendências da última década na União Européia e nas Nações Unidas* - Texto de apoio para a Primeira Reunião da Comissão Latino-americana sobre Drogas e Democracia, Rio de Janeiro, 30 de Abril de 2008. P.22

<sup>453</sup> POIARES, Carlos – *Variações sobre a Droga...* (*op. cit.*). p.70

<sup>454</sup> Quintas, Jorge. *Regulação Legal do Consumo de Drogas...* (*op. cit.*). P.91-92

das drogas – conforme sucede parcialmente no nosso ordenamento jurídico, vocacionando os meios para fazer face ao tráfico de drogas; c) A legalização do consumo e do mercado de drogas – legalizando-se o consumo e permitindo a existência de uma fonte legal de produção e obtenção de drogas, administrado e regulado pelo Estado, permitindo uma legalização controlada, e d) a regulação sanitária – atribuindo ao sistema de saúde a competência de fornecer as substâncias que cada consumidor necessita e, desta forma, fornecer drogas de qualidade assegurada, e entidade responsável pelas mesmas.<sup>455</sup>

Na definição de uma política de controlo da dependência da droga, e no seguimento dos problemas advindo da vigência do atual regime legal aplicado, Poiares identifica como necessária uma política alternativa, abandonando as práticas da produção, distribuição e consumo da alçada do sistema penal do controlo, estipulando medidas de fiscalização de todo o ciclo da droga, desde a produção ao consumo, subsistindo a intervenção do regime contraordenacional, de forma a assegurar a qualidade e as condições dos produtos, regulando o mercado em termos semelhantes ao álcool e ao tabaco.<sup>456 457</sup>

De facto, são diversos os fundamentos para justificar a alteração do paradigma jurídico-político atual. Desde logo, os fundamentos ideológicos que se sobrepõem à análise de dados criteriosa e isenta de cifras negras, e a falta de estudos que sobreponham os danos advindos da criminalização face à produção e distribuição das substâncias de forma controlada; a criação de subculturas desviantes, a seletividade existente na atuação das instâncias formais de controlo, nomeadamente nas de contacto imediato com os delinquentes, a ineficácia do efeito dissuasor da proibição face ao consumo, bem como toda a criminalidade em volta do tráfico, que alimenta as organizações criminosas e a corrupção, quer em termos nacionais, quer em termos internacionais, sendo a estrutura das drogas estruturada em pirâmide, encontrando-se na base os “*addict-pushers*” e no topo os consumidores.<sup>458</sup>

É necessário ainda ter em consideração que a saúde pública, fundamento das políticas proibicionistas, não se encontra assegurada com a criminalização de determinadas drogas em detrimento de outros, sendo na realidade os prejuízos à saúde consequência todas as drogas, legais ou ilegais, consubstanciando os padrões culturais “*impostos*

---

<sup>455</sup> Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas... (*op. cit.*). P.35-37

<sup>456</sup> ALBERTO POIARES, CARLOS, Análise Psicocriminal das Drogas... (*op. cit.*). p.129

<sup>457</sup> Partilhando do mesmo entendimento encontramos A. Baratta, F. Caballero, M. Friedman, etc.

<sup>458</sup> Crime and Justice – Volume I – The Criminal in society... (*op. cit.*). P.81-87

*coercivamente*” fundamento e origem da distinção entre as duas posturas políticas.<sup>459</sup> Ora, além de se assumir que o Estado não tem legitimidade para impedir a autodestruição do indivíduo, devendo apenas fornecer os meios para permitir que os mesmos possam tomar a escolha de forma consciente e informada, da sua postura proibicionista advém ainda o risco de a própria criminalização se tornar criminógena, substituindo a interiorização da norma por parte da sociedade por uma imposição que passa pela perseguição e punição dos consumidores, que consequentemente irá impedir a ressocialização dos mesmos enquanto não lhes impuser os hábitos socialmente aceites e conformistas.

Posto isto, e no seguimento de Côté, regular o mercado das drogas teria como principais vantagens o desaparecimento (ou enfraquecimento) do mercado negro; a regulação do preço das drogas, a preços que não implicam a necessidade de práticas criminosas para sustentar, e que, ao mesmo tempo, permitem ao Estado obter receitas para compensar quaisquer danos sociais daí advindos, (e que já existem); a perda dos principais fontes de rendimento por parte dos grupos de criminalidade organizada – levando, quer à perda de interesse no negócio face à concorrência existente, quer à perda de compradores (financiadores em pequena escala) que optam pelas drogas controladas, e assim mais seguras, quer de forma a evitar problemas com as autoridades; quer para assegurar a sua saúde; a diminuição da violência ligada à existência dos mercados negros e consequência do contacto de parte da população com meios delinquentes<sup>460</sup>; a diminuição da ineficácia legislativa, deixando os cidadãos de ser sancionados de forma inútil; permitir uma maior eficácia na proteção da saúde pública; tornar possível a educação sobre as drogas, e um menor desperdício de fundos públicos numa guerra perdida. Como ainda explica Côté, *“Não se deve ver a legalização das drogas como um remédio para todos os males. Mas é certamente necessário vê-la como o remédio mais eficaz para os males decorrentes da sua proibição.”*<sup>461 462</sup>

---

<sup>459</sup> Quintas, Jorge. Regulação Legal do Consumo de Drogas... (*op. cit.*). P.48

<sup>460</sup> No mesmo sentido o psicólogo Jorge Negreiros, defendendo que a despenalização da venda das drogas pode ter efeitos positivos ao nível da criminalidade, vendendo-se as substâncias em locais controlados e autorizados, evitando o contacto o mundo do crime, defendendo assim que, pelo menos, a *cabanis* há muito deveria ter sido descriminalizada. In Jornal de Notícias, segunda-feira 09/02/15, n.º253, ano 12, .P.10

<sup>461</sup> CÔTÉ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica... (*op. cit.*). P.75-76

<sup>462</sup> Nesse sentido decidiu o Tribunal Constitucional Argentino – *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, em 25 de Agosto de 2009, que o tipo penal da posse de droga para consumo seria inconstitucional, com base nos fundamentos principais da a) ineficácia do dispositivo como meio de combate às drogas na sociedade, e b) a violação do art.19.º da Constituição Argentina, que prevê que ao Estado não interessam as ações privadas. Destacam ainda a vitimização das maiores vítimas das drogas – os consumidores -, com a criminalização da posse para consumo, e a instrumentalização dos consumidores como via para apanhar os traficantes, destacando nos votos individuais ainda a inconstitucionalidade da presunção de perigo, inerente aos crimes de perigo abstracto, e o desperdício de recursos estatais, que deveriam ser utilizados na íntegra na luta contra o tráfico, in GRECO, Luís – *Posse de droga, privacidade e autonomia: reflexões a*



Efetivamente, a descriminalização, além de solução parcial de parte dos problemas já existentes, deve ainda ser vista como uma medida humanitária e demonstrativa do respeito pelas liberdades e vontades individuais, que permitirá estudos mais fidedignos acerca do uso e comércio de drogas.<sup>463</sup> Não parece ainda que a descriminalização vá aumentar o número de drogas disponíveis no mercado, nem o número de consumidores e, consequentemente, os custos no tratamento dos mesmos, sendo esta uma ideia popular, largamente difundida nas preocupações políticas, mas para a qual não existem atualmente dados que fundamentem<sup>464</sup>, sendo certo que, mesmo considerando a possibilidade de o número de consumidores aumentar, os danos advindos de substâncias controladas e fiscalizadas, impediriam certamente a despesa avultada e desproporcional face aos resultados alcançados pelo Estado (e da sociedade) na manutenção da saúde pública em detrimento das drogas ilícitas, nomeadamente as drogas leves.<sup>465 466</sup>

A optar pela descriminalização das drogas, torna-se necessário determinar quais as substâncias que a descriminalização deve abranger, sendo certo que, ao contrário de grande parte da opinião pública, a mesma característica “ilegal” não pressupõem que as substâncias tenham as mesmas características<sup>467</sup>. Em destaque surge constantemente o caso da *cannabis*, considerada droga leve, e aceite socialmente, tendo um reduzido risco de dependência, indicações terapêuticas, e como causadora de menores danos sociais, nomeadamente face ao tabaco e ao álcool.<sup>468</sup> Em conformidade, a *cannabis* tem-se verificado benéfica no tratamento da saúde individual. A *cannabis sativa* revela-se útil no

---

*partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n.º87, nov-dez, 2010, Editora Revista dos Tribunais. 2010.. ISSN 1415-5400. Pp.84-102

<sup>463</sup> BOITEUX, Luciana – Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas... (*op. cit.*). P.6

<sup>464</sup> Van het Loo, van Beusekom, and Kahan, “Decriminalization of Drug Use in Portugal” p.60 *apud* GREENWALD, Glenn – Drug Decriminalization in Portugal – Lessons for creating Fair and Successful Drug Policies, CATO Institute, 2009. P.9-10

<sup>465</sup> De facto, um estudo elaborado em Oslo, Noruega, concluiu que a existência de locais de consumo e tráfico, perceptível à população, não influenciara a iniciação ou experimentação das substâncias, e Peter Cohen, num estudo elaborado em Amesterdão, chegou à conclusão de que seria melhor regularizar o consumo, atribuindo ao consumidor o poder de optar por si pelo consumo ou não, sendo mais eficaz do que tentar decidir por estes.

<sup>466</sup> Veja-se, pois, o exemplo do álcool. Ao contrário do que se verifica com as drogas ilegais o álcool é identificado desde a antiguidade oriental e ocidental como uma enfermidade, e não como um vício, ao contrário do que sucedia na tradição greco-romana, onde o abuso de álcool e os alcoólicos consubstanciavam questões éticas e não médicas. Mantem-se ainda presente nas tradições religiosas, nomeadamente na religião cristã (o sangue de Cristo). O consumo de álcool pode, pois, ser considerado positivo ou negativo consoante os usos dados pelo indivíduo. A sua aceitação social permite ainda que este seja um tema lamplamente estudado e analisado, e que se possa alcançar as populações, nomeadamente as mais jovens, através de iniciativas educacionais e preventivas. Nunca se viu, em Portugal, cartazes e anúncios a dizer “se consumir estupefacientes não conduza”, ou campanhas preventivas nesse sentido, como sucede com o álcool. E, reiterese, além de tremores ou convulsões, o estado alcoólico origina um completo estado de desorientação mental, podendo o delírio alcoólico originar uma deterioração mental, irreversível em 67% dos casos. in ESCOHOTADO, Antonio – Aprendendo de las drogas... (*op. cit.*).

<sup>467</sup> “*Luming cannabis and crack together makes about as much sense as classing tigers as tabby cats*” in CAULKINS, Jonathan P.; KLEIMAN, Mark A. R. – *Drugs and Crime...* (*op. cit.*). P.284

<sup>468</sup> BOITEUX, Luciana – Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das ... (*op. cit.*).P3

tratamento da esclerose múltipla e no alívio de dores, como a neuropática (provocada por lesões em nervos), sendo alguns dos seus compostos químicos aptos ao tratamento de alguns tipos de cancro e lesões advindas de traumatismos cranianos, e aliviando náuseas, vômitos, os efeitos da quimioterapia, sintomas associados à anorexia, e à rigidez muscular<sup>469</sup>, Alzheimer, doenças de Cohn, epilepsia, controlando espasmos musculares, dor e glaucoma. Em sentido inverso, como efeitos do seu consumo temos possível ansiedade, ataques de pânico e sintomas psicóticos, podendo conduzir a alterações no desenvolvimento do sistema nervoso dos jovens.<sup>470</sup>

Relativamente ao consumo da *cannabis*, encontramos-nos numa época em que, ao contrário da regra até recentemente, esta substância é o negócio mais lucrativo para os agricultores afegãos, ultrapassando o ópio, característico e principal dinamizador da economia destes, não obstante, ao contrário do que sucede com a sua resina (haxixe), que continua a ser quase que exclusivamente produzida em Marrocos e no Afeganistão, a *cannabis* encontrar-se disseminada em todo o mundo, quer seja em modo de cultivo *indoor*, quer seja *outdoor*.<sup>471</sup>

E destaque-se, à luz dos dados mais recentes, que a maioria das infrações à legislação em matéria de droga se encontra relacionada com a *cannabis*, correspondendo o consumo de *cannabis* a 63% das infrações, e a oferta de *cannabis* a 9% - ou seja, 72% das condutas que violaram a legislação em matéria de droga dizem respeito a esta substância, cuja descriminalização se afigura inevitável.<sup>472</sup>

Ora, neste sentido referiu o então coordenador da política nacional de combate à toxicod dependência que, atualmente, as autoridades deixaram de se preocupar com o pequeno tráfico e agora concentram esforços no grande, admitindo que o novo paradigma possa passar pela legalização e regulamentação da venda e consumo, defendendo o cariz arcaico da “*mensagem da diabolização da droga e que a droga mata*”, admitindo assim a permissão do uso de drogas, contando que os indivíduos saibam viver em equilíbrio com elas.<sup>473</sup>

---

<sup>469</sup> Canábis: Verdades e Mentiras, *in* Super Interessante, n.º194, Junho 2014. Depósito legal n.º 112.152/98. P.65

<sup>470</sup> Projecto de Resolução N.º 1435/XII (4.ª), Recomendações (da A.R. ao governo que analise a evolução dos impactos na saúde do consumo de cannabis, adote medidas para prevenir o seu consumo e estude a utilização de cannabis para fins terapêuticos, publicado no Diário da Assembleia da República, II Série – A, número 114, 17 de abril de 2015, p.30-31

<sup>471</sup> KARSAI – As questões fundamentais de uma legislação penal sobre as drogas, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 19, vol.92, set-out, Editora Revistas dos Tribunais, 2011. Pp.97-120. ISSN 1415-5400.

<sup>472</sup> Observatório Europeu sobre Drogas – Tendências e evoluções, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015. ISBN 978-92-9168-79. P.12

<sup>473</sup> COELHO, Pinto Coelho, “A esperteza saloia das Smartshops”... (*op. cit.*). P34

Assim, tendo como pressuposto o fracasso da “guerra às drogas”, que determinou movimentação de valores astronómicos, os quais entram no mercado regular através do branqueamento de capitais, e que corrompem sistemas políticos e judiciais; o facto de que nos E.U.A., onde se iniciou o proibicionismo, os cartéis tenham alcançado dimensões avassaladoras; e pelo facto de a *cannabis* destacar-se como a droga mais antiga e mais consumida no planeta, estimando-se que 203 milhões de pessoas terão consumido em 2012; as despesas causadas ao Estado na repressão da droga; e as iniciativas que têm surgido no sentido de legalizar a *cannabis* para uso recreativo, admitindo a falência do proibicionismo; no caso português, o facto de que a descriminalização operada nos termos em que vigora manteve a necessidade do consumidor entrar em contacto através do mercado ilegal; defendendo que o *cannabis* tem tantos ou menores riscos para a saúde pública que o tabaco e o álcool; a falta de rigor na produção das plantas e o benefício de regular a plantação e o consumo de *cannabis* através de Clubes Oficiais, retirando o seu monopólio do mercado ilegal, o Bloco de Esquerda apresentou recentemente em 2013 o Projeto de Lei n.º 403XII/2.<sup>a</sup>, numa tentativa de seguir o modelo adotado em Espanha, Bélgica e Suíça, descriminalizando de todo o cultivo de *cannabis* e regulando a produção, bem como descriminalizando totalmente o consumo de *cannabis*, proposta esta que não foi aprovada.<sup>474</sup>

No mesmo sentido pronunciou-se a atual Ministra da Justiça, apoiando-se na lei seca dos E.U.A. e na relação, não da substância com a atividade criminal organizada, mas sim a proibição das mesmas, admitindo haver vantagens com a liberalização do mercado. Desta forma, de maneira a diminuir a atividade e os danos causados pela criminalidade altamente organizada, e o consequente branqueamento de capitais, surge a legalização como opção viável.<sup>475</sup> Na decorrência de tais declarações, voltou o Bloco de Esquerda a apresentar o Projeto de Lei n.º 880XII/4.<sup>a</sup>, destacado ainda o Relatório Mundial da Droga de 2014, publicado pela O.N.U., confirmando a falência da estratégia proibicionista, estimando que o mercado ilegal de *cannabis* movimentava, em 2010 e na Europa, entre 7 a 10 milhões de euros.<sup>476</sup>

---

<sup>474</sup> Vide PROJETO DE LEI N.º 403/XII/2.<sup>a</sup>, que legaliza o cultivo de canábis para consumo pessoal e cria o enquadramento legal para os clubes sociais de *cannábis*, disponível online em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634770734e44417a4c56684a5353356b62324d3d&fich=pjl403-XII.doc&Inline=true>

<sup>475</sup> Diário de Viseu, de 9 Fevereiro 2015, Segunda-Feira, p.12

<sup>476</sup> Vide Projeto de Lei n.º 880XII/4.<sup>a</sup>, que legaliza o cultivo de canábis para consumo pessoal e cria o enquadramento legal para os clubes sociais de *cannábis*, disponível online em

Certo é que, apesar da reforma da lei da droga não originar um remédio rápido e eficaz na resolução dos problemas associados às drogas, especialmente no que diz respeito às drogas pesadas e de custo elevado, como a cocaína e a heroína - Isto porque o risco de as distribuir a preços acessíveis torná-las acessíveis aos consumidores, o que atualmente não sucede (levando, no entanto, a que os consumidores, conforme já explicado, necessitem de, ou cometer mais delitos, ou consumir drogas mais baratas e de efeitos semelhantes, com maiores danos para a saúde, necessidade essa à qual o mercado negro se adapta), tendo então pouco apoio político, já o mesmo não sucede com as chamadas “drogas leves”, das quais se destaca o *cannabis*, mas cuja legalização não alteraria em grande escala a relação droga crime, desde logo pelo facto de este ser diminuto

Consideremos, pois, que a *Cannabis* é o exemplo mais sonante no que concerne à descriminalização total do consumo, permanecendo a droga mais produzida e consumida mundialmente, sendo que, em 2012, cerca de 125 a 203 milhões de pessoas ao longo do mundo (2,8% a 4,5%), com idade compreendida entre 15 e 64 anos, tinham consumido a substância, pelo menos uma vez, e que 9,5% da população residente em Portugal – cerca de 655 926 de pessoas, com idade compreendida na mesma margem etária, já tinham consumido drogas ilícitas na sua vida, e 2,7% (186 421 pessoas) tinham consumido nos últimos 12 meses.<sup>477</sup> Veja-se ainda que, desde que Colorado (E.U.A.) legalizou a venda de cannabis em 2012, a criminalidade diminuiu, o desemprego baixou, e o Estado recebeu cerca de 40 milhões de dólares em impostos; em Itália foi aprovado a venda de marijuana em farmácias para fins medicinais, delegando a produção da *cannabis* nas forças militares; em Espanha, desde os anos 90 que a produção e consumo de *cannabis* é permitido e controlado através dos Clubes Sociais, em termos semelhantes à proposta do Bloco de Esquerda; e no Uruguai verificou-se a primeira experiência da legalização da venda de *cannabis*, sob uma lógica de monopólio comercial Estatal.

Atualmente, em Portugal encontra-se autorizada a comercialização do Sativex pela Infarmed, medicamento originalmente lançado no mercado em 2005 no Canadá, e cuja comercialização, sendo o primeiro medicamento composto por dois dos principais canabinóides – o T.H.C. e o C.B.O. -, a ser aprovado no mundo, sendo aplicado via oral, através da pulverização sob a língua, de forma a então entrar na corrente sanguínea e no

---

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634770734f4467774c56684a5353356b62324d3d&fich=pjl880-XII.doc&Inline=true>

<sup>477</sup> SICAD – Sinopse Estatística, Portugal 2012, Serviços de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências – Divisão de Estatística e Investigação, 2014.

organismo, não se encontrando, no entanto, comercializado, tal como sucede na Bélgica, França, Holanda, entre outros.,<sup>478</sup> não obstante a Infarmed ter autorizado em setembro de 2014 a plantação de cannabis sativa em Portugal, para posteriormente ser usada para fins terapêuticos no Reino Unido.<sup>479</sup>

Por fim, de considerar que, em 2013, 40,4% das condenações por tráfico de droga diziam respeito exclusivamente à *cannabis* (seguindo-se os dados respeitantes exclusivamente à Cocaína em 14,7%); e, quando ao consumo, 85,6% das condenações diziam respeito exclusivamente ao consumo exclusivo de *cannabis*<sup>480</sup>, o que surge como ironia reativa do sistema, pelo facto de, apesar de difundidas na sociedade, os seus danos são risórios face aos advindos da intervenção dos controlos sociais.

---

<sup>478</sup> Canábis: Verdades e Mentiras... (*op. cit.*). P.66

<sup>479</sup> Projecto de Resolução N.º 1435/XII (4.ª), Recomendações (da A.R. ao governo que analise a evolução dos impactos na saúde do consumo de cannabis, adote medidas para prevenir o seu consumo e estude a utilização de cannabis para fins terapêuticos, publicado no Diário da Assembleia da República, II Série – A, número 114, 17 de abril de 2015, p.31

<sup>480</sup> SICAD – Relatório Anual 2013 – A Situação do País em Matérias de Droga e Toxicodependências. 2014, P.100-101

## CONCLUSÕES

### 1. Do Direito

É fato indiscutível que o Direito influenciou a nossa História, tal como a nossa História influenciou o Direito, no mundo inteiro de distintas maneiras, e ao longo do tempo em momentos diferentes. Como se sabe, o ser humano é um ser *suis generis*, com um sentimento comunitário e de pertença cada vez mais fragilizado e, em contrapartida, um sentimento de individualismo e de isolamento cada vez mais evidente. E, tal como os indivíduos, a sociedade tem valores e interesses, direccionados ao indivíduo em particular e ao indivíduo enquanto membro da sociedade, determinando tal facto que se exerçam conflitos inerentes ao exercício dos direitos e deveres, mutuamente entre Estado - enquanto regulador da sociedade - e indivíduo.

No âmbito da sociedade compreendida por uma pluralidade de indivíduos com distintos, e até mesmo opostos, valores e ideais, urge a necessidade de defender os bens jurídicos, de maneira a assegurar uma convivência social saudável. No entanto, apesar de estes inicialmente serem fruto de uma coesão social e, de certa maneira, poderem traduzir as demais motivações moralistas e ideologias das diferentes épocas, a sua vigência pode vir a chocar com os princípios norteadores do ramo do Direito Penal.

Atenta a natureza das sanções, verificamos uma humanização no seu exercício, origem e consequência dos reconhecimentos, nacionais e internacionais, dos direitos fundamentais do Homem. No entanto, o seu exercício, face à danosidade provocada pelas mesmas, deve ser comedido e dentro do essencial, necessário, adequado e na proporção necessária a satisfazer os interesses da comunidade.

Mas os interesses da comunidade modificam-se com base no espaço e no tempo. Face à constante mutabilidade social, quer seja nos valores relevantes e dignos de proteção jurídico-penal, quer seja na forma de os exercer e nos limites impostos pela sociedade em geral. Deparamo-nos com um constante fenómeno de criminalização/descriminalização de condutas, fenómenos esses que acompanham essencialmente os interesses socioeconómicos daqueles no poder.

Facto é que existe uma necessidade de regular comportamentos por parte do Estado. Mas em que termos e quais os limites sobre os quais se determinará qual o mecanismo legal necessário, adequado e eficaz, através do qual será pertinente ao Estado

reagir à prática de determinadas condutas? Assim, consideradas as ações que irão surtir uma reação por parte do Estado, é necessário ponderar quais as consequências da sua violação, qual a responsabilidade do agente, e qual o mecanismo sancionatório adequado ao caso concreto?

Podemos afirmar que a esfera jurídica de um indivíduo é constituída por um conjunto de direitos e deveres, sendo que estes direitos se estendem até encontrar ou chocar com outras esferas jurídicas. Considerando a sociedade como detentora de direitos e deveres, o indivíduo, ao fazer parte dela, encontra-se em constante interação, numa relação de consensos e conflitos. Ora, esta relação dinâmica, este “jogo social”, interativo e em tempo real, necessita de definir regras *supra summum*, que irão determinar os pressupostos e os limites da intervenção do Estado, bem como do mecanismo de reação, com vista à sua validade, à sua eficácia e, assim, à sua legitimidade. Desta forma, através da estipulação as regras norteadoras (e limites de adaptação), e das consequências do seu incumprimento, e de forma a garantir um equilíbrio entre as partes (indivíduos entre si e entre estes e a sociedade) nas relações sociais, haverá determinadas situações em que o Estado terá de se abster de regular, e outras em que, ao haver um desequilíbrio entre a fruição dos direitos dos intervenientes, recairão deveres sobre estes.

De facto, a norma terá de se adaptar necessariamente à sociedade, de forma a manter a sua validade, sob pena de não conseguir corresponder ao cumprimento dos princípios essenciais. Mas a adaptabilidade não é totalmente eficaz; nem o podia ser. Mais de 7 biliões de habitantes no mundo; mais de 10 milhões de habitantes em Portugal<sup>481</sup>; é utópica a ideia de consenso geral. Desta forma, existe na sociedade sentimentos de consenso e conflito entre os indivíduos, no que diz respeito aos “*critérios de fruição do mundo*” (Vide Capítulo I), sendo os seus ideais e sentimentos adaptáveis, quer através da criação da norma jurídica, que condiciona e penetra a vontade do indivíduo no sentido de o conformar, quer através das vontades individuais, que determinam a adaptação das normas jurídicas. Mas os consensos e os conflitos mantêm-se. Assim, face ao inevitável conflito de interesses entre os intervenientes, criaram-se “regras gerais”, destacando-se internacionalmente a Convenção da Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e, em termos nacionais, a Constituição da República Portuguesa.

---

<sup>481</sup> Consultado online em [countrymeters.info.pt](http://countrymeters.info.pt), em 23/06/2015.

É, pois, na intervenção, atentos os fatores de exigibilidade e validade, e no sentido de regular a vida em sociedade que, considerados os bens jurídicos e o *quantum* da lesão que se pretende prevenir, a gravidade da conduta será (ou deverá ser) proporcional no mesmo sentido que a gravidade da sanção prevista e aplicada, sendo certo que, deste ponto de vista, às condutas mais graves se aplicará, em princípio, o ramo do Direito Penal.

Ora, à Política Criminal, na aceção conjunta de Liszt e Taipa de Carvalho, a qual consideramos a mais adequada, ou seja, como um “*conjunto de princípios ético-individuais e ético sociais, fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve promover, orientar e controlar a luta contra a criminalidade, através da pena e das instituições*”, cumpre-lhe responder a três questões essenciais: “o que se pune e até onde se pode punir”, “como punir”, e “quais as consequências jurídicas do comportamento criminal” (o *quê*, *como/porquê*, e *quais as consequências*).

Desta forma, a Política Criminal relaciona-se necessariamente com a Criminologia e com o Direito Penal. Entre o Direito Penal e as políticas criminais existe uma relação de unidade funcional, estabelecendo o direito penal os limites da aplicação do mecanismo da pena ao serviço do Estado e da sociedade. Para tanto, esta ciência deve-se basear na realidade, tendo como uma influência primordial a Criminologia, ciência que lhe permitirá obter as respostas às questões supra mencionadas.

Já de entre as várias opções, dever-se-á dar primazia ao ramo de direito sancionatório menos gravoso, ou seja, ao ramo de direito das contraordenações, em detrimento do ramo de Direito Penal, estando intrínseco a este último o carácter de aplicação de *ultima ratio*. Como critério de distinção, temos o facto de o primeiro tutelar as liberdades individuais, sendo a pena uma verdadeira ofensa por parte do Estado a bens jurídicos individuais, quer pessoais, quer patrimoniais, e o segundo tutelar/regular os comportamentos de cariz social, da pessoa, individual ou coletiva, enquanto membro da sociedade.

Ora, enquanto o Direito Penal regula interações sociais, a Criminologia tenta compreender os factos e interpretá-los, de forma a que a Política Criminal, possa assegurar a proteção dos bens jurídicos, prevenindo crimes e (re)socializando criminosos. Desta forma, prevalecendo as finalidades de prevenção no nosso ordenamento jurídico, a criminologia não se poderá basear numa ciência causal-explicativo, devendo observar as situações e os mecanismos legais aplicados da perspetiva das várias ciências, de forma a



compreender as consequências, quer dos factos, quer da atuação do Estado, estudando para tanto a conduta, o autor, a vítima e as instâncias de controlo social.

Já o Direito Penal destaca-se o de entre os demais ramos de direito, sendo a pena a “última arma derradeira” ao serviço dos interesses da Sociedade e/ou do Estado. Como já mencionámos, em qualquer ramo de direito, validade e a eficácia das normas jurídicas encontram-se na dependência da sociedade e do momento histórico.

Desta forma, existem determinados princípios intemporais que servem como fundamento e limite da aplicação deste instrumento brutal.

Desde logo temos o Princípio da legalidade, exigindo a existência de uma norma punitiva anterior à prática dos factos, sendo apenas assim exigível ao agente adotar comportamento distinto. Já a culpa, como pressuposto e limite da aplicação da pena, formula um juízo censurável sobre o agente por ter praticado determinada conduta. Esta culpa refere-se à prática da conduta em si, e não propriamente às suas consequências, ou seja, à lesão de bens jurídicos, podendo o agente nem chegar a representar a lesão ao bem jurídico como possível ou adequada. Os agentes não compreenderão, pois, o motivo de determinadas condutas serem tipificadas como ilícitas, sentindo-se inocentes na produção dos danos, sem que haja factos para, a existir, os chamar à razão. Desta forma, será a intervenção penal ineficaz, levando à consequente descrédibilização por parte da população. Deverá ainda haver uma sanção coerente com a culpa do agente na prática dos factos, mas dos factos deverá advir uma lesão ou uma potencialização de uma lesão a um ou mais bens jurídicos, devendo a conduta ser censurada proporcionalmente às efetivas ou possíveis consequências. Dever-se-á, assim, averiguar os danos (ou possíveis danos) causados pelos factos, no caso concreto, à saúde-pública, e aplicar uma sanção/regulação coerente com os factos.

Já o princípio da subsidiariedade, como corolário do princípio da proporcionalidade e acompanhado dos princípios da proibição de excesso, determina que a aplicação da pena apenas possa suceder quando todos os outros controlos sociais forem incapazes de tutelar os bens jurídicos, surgindo assim a intervenção penal como indispensável.

Quanto ao princípio *in dubio pro libertate*, este onera ao legislador penal um duplo ónus probatório. Desta forma, deverá ser provada a existência de um dano social, consequência da conduta praticada, e que a aplicação da pena seja indispensável. Recai-lhe ainda o ónus de provar que o exercício do direito penal é eficaz – correspondendo ao princípio da eficácia, sendo o objetivo do Estado otimizar resultados.

Verificamos assim que, além da validade da norma, surge a eficácia como condição necessária à intervenção do Direito Penal.

Desta forma, de entre os princípios norteadores da intervenção do direito penal, encontramos estes cinco princípios, que determinam essencialmente que: a) é necessária a pré-existência de uma norma jurídica que puna determinada conduta, de forma que o agente possa conhecer o seu conteúdo, bem como que lhe seja exigível que a prática de determinada conduta consubstancia crime; b) que o indivíduo tenha culpa na prática da conduta, sobre a qual o Estado sente necessidade de censurar, face ao dano ou lesão (ou possível lesão) aos bens jurídicos, na medida proporcional aos factos e aos danos causados; c) que a aplicação da pena seja indispensável para assegurar a proteção do bem jurídico, devendo antes tutelar-se os bens jurídicos através dos restantes mecanismos, formais ou informais; d) que da prática da conduta ocorra um dano a um bem jurídico de terceiros; e) que a pena seja um meio idóneo a proteger o bem jurídico; e f) que a aplicação da pena seja eficaz, cabendo ao Estado otimizar os resultados através dos meios de que dispõem ao eus dispor.

Isto ponderado torna-se necessário assegurar que se verifiquem as finalidades das penas, ou seja, do Direito Penal. Assim, ao determinar a aplicação da pena, dever-se-á ter em consideração que o que se pretende alcançar com a forma é a confiança dos cidadãos no seu exercício, a segurança que o Estado acautela os nossos interesses, e que a pena é proporcional e como tal, justa face à conduta praticada; que a pena é eficaz a dissuadir os indivíduos da prática da conduta; e que é apta a ressocializar o agente e, ao mesmo tempo a assegurar necessariamente que o indivíduo criminoso não prejudica a sociedade enquanto se encontra privado da sua liberdade. Na nossa opinião, pelos factos expostos na Parte II, averiguamos que tal não sucede *in casu*. Além de não se verificarem os efeitos preventivos pretendidos com a aplicação da pena.

Relativamente ao bem jurídico, claro está que, para sequer se ponderar a aplicação do direito penal, é necessário que exista um bem jurídico a ser tutelado, constituindo bem jurídico, na aceção e Figueiredo Dias e com a qual concordamos plenamente, a “*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integração de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valiosos*”, sendo no caso do tráfico e consumo jurisprudencial e doutrinariamente aceite ser o bem jurídico em causa a Saúde Pública.

De entre as categorias criminais possíveis, existem duas que se encontram no limiar da legitimidade, sendo discutível a sua aplicabilidade face às regras sobreditas, suscitando questões de legitimidade por parte da intervenção penal.

Ora, o bem jurídico pré-existe a norma legal, sendo através desta, e visando a sua proteção, o Estado irá censurar penalmente determinada conduta. Mas a sua existência não bastará. Desde logo, para que se pondere uma criminalização será necessário que, inerente ao bem jurídico e à sua proteção, esteja o critério da necessidade (ou carência) de tutela penal. Vamos ainda mais longe e, atento todo o exposto, consideramos necessário concretizar a necessidade numa indispensabilidade propriamente dita.

No entanto, no que diz respeito à danosidade social e à sua prevenção, surge, por vezes, a necessidade de antecipar a tutela jurídica, que será legítima quando colocados em causa, não um concreto dano, mas por vezes a mera probabilidade do dano poder vir a suceder, verificando-se a emergência desta categoria penal na atual sociedade de risco. Desta forma, surgem os crimes de perigo. Os bens jurídicos em causa nesta categoria poderão ser titulados, quer pelo indivíduo, quer pela comunidade, e a proteção será legítima por dois motivos essenciais: a) conformar os comportamentos individuais e da comunidade; e b) porquanto as lesões aos bens jurídicos são relevantes juridicamente, não sendo a sua proteção acautelada pelos outros ramos de direito – destacando-se os crimes ambientais e económicos, sendo, desta forma, indispensável exercer a sua tutela através do ramo do Direito Penal como único meio conformista.

Podemos concretizar o dano cuja verificação da conduta irá potencializar, como podemos apenas presumir que poderá vir a suceder um dano abstrato na sociedade, sem o conseguir concretizar, nem tão-pouco concretizar a potencialização da verificação do dano causado advinda da prática dos factos. Sabem que é mau, que tem efeitos nefastos, mas não sabem bem em que termos. Desta forma, temos os crimes de perigo abstrato, através dos quais se pretende tutelar um ou mais bens jurídicos através de uma intervenção antecipada. Para tanto, o legislador opta por criminalizar condutas cuja verificação irá aumentar a probabilidade de não ocorrer um dano, ou seja, que a prática da conduta possa vir a provocar uma condição perigosa, e que dessa condição perigosa possa vir a lesar um bem jurídico, correspondendo, na expressão do Professor Faria Costa, num “desvalor de cuidado-de-perigo”, encontrando-se nos limites da legitimidade do Estado. Temos, portanto, uma tutela duplamente antecipatória.

Este perigo terá de ser, como exposto, sobre um ou vários bens jurídicos pré-determinados, e deverá ter em consideração o dano causado (ou que possa vir a ser causado) a esse bem jurídico. Essencial será assim averiguar a probabilidade da verificação do dano. É, pois, nesta probabilidade que se encontra a maior crítica a esta categoria de crime, sendo esta probabilidade falaciosa e, entendendo-se uma indeterminação no dano causado, bem como da sua existência, o mesmo não sucede com a aplicação da pena e as consequências daí advindas. Sendo certo que, o que a criminalização destas condutas “perigosas” aumenta é o exercício do Estado através do Direito Penal, atuação esta que acarreta *per si* consequências, compreendendo uma motivação do próprio legislador, e não uma necessidade / indispensabilidade propriamente dita, como sucede, na nossa opinião, com os crimes de consumo e tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Mais controvérsia advém ainda dos crimes sem vítimas. Isto, pelo facto de a vítima não ser determinada, não ser, interveniente direto na conduta, ou por coincidir com a própria pessoa que provocou o dano (autolesão/autovitimização).

Dispondo o indivíduo dos seus direitos individuais, em regra disponíveis, e face aos princípios supra mencionados que regulam o Direito Penal, este apenas deverá intervir, e assim limitar a “liberdade de ação” individual, quando com o objetivo de proteger terceiros. Pressupondo o crime a existência de vítimas, estas poderão ser identificadas em abstrações, quer sociais, quer jurídicas, sendo estas abstrações igualmente titulares de direitos enquanto parte integrante na sociedade.

No entanto, analisados os crimes sem vítimas, identificam-se os seguintes aspetos essenciais: a) a participação consensual das partes (imputáveis); b) a ausência de intenção ou vontade em participar os factos às autoridades competentes; c) o desconhecimento dos supostos danos que se encontram a produzir ao praticar as condutas; d) e a sua natureza transnacional que determina a existência de duas vontades distintas, mas convergentes entre si. Sendo ainda um assunto individual, moralista e essencialmente consensual, considerando que o Estado se deverá abster de regular uma qualquer conceção ou interesse meramente moralista, é do nosso entendimento que o Estado se deveria abster de tutelar as condutas integradas nesta categoria de crimes através do Direito Penal, devendo regular de forma a proteger, quer os interesses do indivíduo, quer da sociedade, e não prejudicar ambos como sucede.

Cabe, pois, ao indivíduo tomar a opção que deseja, cabendo-lhe a responsabilidade de diligenciar no sentido de poder fazer uma escolha consciente e informada, competindo

ao Estado fornecer os meios necessários e idóneos a tal. Atribuído a este tipo de crimes encontra-se a sua inaplicabilidade eficaz, convertendo os próprios agentes em vítimas (e vice-versa), exercendo penas pela prática de condutas que não determinam qualquer lesão, pelo menos consciente, a terceiros, predominando os danos causados através da intervenção penal face aos danos efetivamente “evitados”, bem como a sua aplicação arbitrária e discriminatória. A sua tipificação determina ainda o contacto dos agentes/vítimas com o mundo do crime, produzindo consequentemente situações de vitimização, novas vítimas e novos criminosos.

São ainda estes os crimes prediletos das organizações criminosas, sendo uma fonte segura e eficaz de lucro, praticados com a certeza de que as partes envolvidas não os denunciarão, quer por falta de interesse, quer por receio, afastando as (posteriores vítimas) do sistema de justiça. Este lucro advém essencialmente do facto de o risco acrescido existente na prática das condutas, que diminuiu a concorrência e permite às organizações atuarem sem controlo com vista a proteger a sociedade e os intervenientes; e do aumento dos preços através das alterações produzidas por todos os intervenientes da cadeia, com vista a baixar a qualidade e rentabilizar as substâncias, sendo que estes lucros serão utilizados para financiar outras práticas criminais mais gravosas, para pagar subornos e financiar a corrupção necessária.

Temos que, atento o supra exposto, a criminalização dos tipos legais do consumo e do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas consubstanciam crimes sem vítimas e crimes de perigo abstrato, cujos fundamentos legais e obstáculos evidenciados demonstram, desde logo e à parte dos factos, a inaplicabilidade prática desta intervenção penal.

## **2. Da aplicação do Direito ao caso concreto**

Em conformidade com os factos expostos na Parte II – DOS FACTOS, de entre as motivações do consumo apresentadas concluímos que estas podem ser agrupadas em três grupos quanto aos seus efeitos, quer seja a) em busca de prazer imediato e na satisfação de desejos de alterar a realidade ou que entretenham; b) a repressão de sentimentos de desconforto, de fugir da realidade e das suas responsabilidades; c) ou mesmo de forma a expandir a sua consciência, no âmbito da percepção psicossensorial, aumentando a curiosidade intelectual. Não somos do entendimento de que o Estado deva intervir nestas

condutas. Desde logo porque, além de pertencerem ao indivíduo, e a ele dizerem respeito, o facto de o consumo ser ilícito dificulta a educação e sensibilização pública relativamente aos prós e contras das drogas. Entendemos que um adulto se deve responsabilizar pelos seus atos, mas nos exatos termos da lesão, ou da sua potencialização, verificada. É neste sentido que é essencial a existência de um consentimento informado, legitimando a escolha do indivíduo e, como tal, tornando-o plenamente responsável pelas suas escolhas. As várias substâncias não são as mesmas, nem tão pouco o são os seus efeitos. As drogas não são “a droga”.

No que tange aos consumidores, concordamos com a distinção doutrinal, entre consumidor ocasional, habitual e toxicodependente. Entendemos, desde já, que, nos dois primeiros casos, não deverá competir ao Estado intervir diretamente, quer através do ramo do Direito Penal, quer através do ramo contraordenacional. Já relativamente ao consumidor toxicodependente, consideramos que, ao toxicodependente integrado na sociedade e que não se encontra envolvido no mundo do crime, o Estado deverá abster-se de atuar, devendo ser salvaguardada a aplicação da regulação nos termos do alcoolismo, bem como dos que já sucedem - possível de inabilitação nos termos do atual art.152.º do C.C.; verificação da incapacidade accidental nos termos do art. 257.º do C.C.; semelhança de injunções aplicadas em processo penal; aplicação da pena relativamente indeterminada, nos termos dos artigos 86.º ss do C.P.; regime de condução de veículo sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, nos termos do n.º2 do art. 292.º do C.P.; nos crimes de anti socialidade perigosa previsto no art.295.º do C. P.; etc..

Mesmo assim, supondo a possibilidade de que a perigosidade da verificação de eventuais lesões a bens jurídicos advém do toxicodependente, será necessário determinar em que consiste a toxicodependência, e o que ela expressa. Desde logo temos a teoria do consumo progressivo, passando inicialmente pelo consumo de tabaco e álcool, sendo estas as substâncias “mais fracas”, passando para a marijuana (droga de passagem), e então optando pelo consumo de drogas pesadas, teoria esta com a qual discordamos completamente, dependendo o consumo essencialmente dos indivíduos, tendo as demais substâncias os mais variados efeitos, mas que se encontram presentes e grande parte da população. Além disso, os indivíduos experimentam várias drogas passíveis de provocar dependências, sem que nunca se tornem dependentes, como sucede com a cafeína, a nicotina e o álcool.

Considerando os vários tipos de substâncias, quer sejam eufóricas, alucinogénias, embriagantes, sonríforos ou estimulantes, e conforme os desejos dos indivíduos, perfilhamos do entendimento, sim, de que a toxicoddependência, tal como o consumo, depende de fatores individuais e sociais, que determinam, quer o início, quer a manutenção, quer o fim do consumo, destacando-se nos jovens a curiosidade que se verifica essencialmente nos jovens, ansiosos por descobrir e experimentar novas sensações, curiosidade essa maior quando considerado o fator mitificante da proibição. Na realidade, a toxicoddependência consiste, tal como refere Jacques Jean-Pierre, num encontro entre três elementos: uma personalidade, um produto e um momento, o que, sendo uma probabilidade abstrata e indeterminada de suceder, afasta a legitimidade do Direito Penal e do ramo de direito contra ordenacional exercer controlo, com base no risco do consumidor se tornar toxicoddependente, e no risco de este vir a lesar a sociedade através da prática do crime.

Isto, considerando que a relação entre Droga e Crime é uma relação antiga e controversa, encontrando-se, atualmente, desfeita a crença de que o consumo leva ao cometimento de crimes violentos, sendo o álcool uma maior causa deste tipo de crimes, prevalecendo o crime contra o património no caso do consumo de droga.

Certo é que a relação entre crime e droga existente pode justificar-se por vários motivos, quer seja a) pela alteração de comportamentos através do consumo, que, reiteramos, depende da substância consumida no caso concreto, podendo originar um descontrolo funcional; b) pela necessidade de o consumidor adquirir os meios económicos para satisfazer os encargos com o consumo – levando à produção de crimes contra o património, e sendo mais presente no caso das substâncias mais caras, nomeadamente cocaína e heroína; e c) devido à influência das práticas criminosas, face ao contacto (constante) imposto pelo Estado ao consumidor com o mundo do crime, e que altera a perceção do indivíduo em si mesmo na sociedade, e da sociedade em si mesmo, encontrando-se assim remetido para um ambiente potencializador de comportamentos delinquentes, com a consequente estigmatização.

Certo é que, nossa opinião, enquanto para o toxicoddependente a relação entre droga e crime não causa grandes danos sociais, já para o delinquente o consumo ou a toxicoddependência é apenas mais uma folha no livro da delinquência, não merecendo por si só um capítulo.

Mas não é só o consumo que pode vir a originar a criminalidade. De facto, entendemos que é a proibição do consumo e do tráfico que origina a maioria da criminalidade associada. Consideremos, pois, o efeito criminógeno da ilegalidade inerente ao consumo e o tráfico das drogas. Desde logo temos o facto de, através da tipificação penal de condutas, serem automaticamente criados criminosos com os demais efeitos estigmatizantes, através quer do consumo, quer do tráfico. Ambos os agentes são, ou podem vir a ser no caso do consumo, considerados criminosos à luz do nosso ordenamento jurídico. Este proibicionismo origina criminalidade organizada, chantagem, extorsão, tráfico de influências, corrupção, abusos policiais, quer de investigação, quer de intervenção (nomeadamente face à problemática inerente aos crimes sem vítimas), financia outras atividades criminais e leva ao inevitável branqueamento de capitais. Implica ainda o contacto do consumidor com o mundo da droga, sendo impossível um consumo vigiado e seguro (fora de casa), ocorrendo, em regra, à revelia dos controlos sociais e informais. O envio das substâncias para as sombras da sociedade leva ainda à criação de zonas de risco, onde o tráfico e o consumo se encontram integradas na população; onde, tal como sucede regra geral, o consumidor e o traficante não se vêem como criminosos, não afetando a sua autoimagem (no caso do consumo), e vendo-se como um mero prestador de serviços e bens procurados (no caso do tráfico). Assim, esta autoimagem desloca-se no sentido contrário da suposta necessidade de (re)socialização do agente, impedindo a integração destes na sociedade. De facto, a delinquência é causa e efeito do convívio de delinquentes, podendo vir a converter o consumidor, quer em predador – criminalidade secundária; quer em presa – vitimização do consumidor; bem como potencializando o hábito de consumo reiterado e a possível toxicodependência.

Tudo isto, sem descurar que o proibicionista motiva, quer “guerras” entre gangs rivais, quer entre gangs e o Estado, através dos Órgãos de Polícia Criminal, e entre gangs e os controlos informais/sociedade.

Em suma, coexistem três modelos explicativos da relação entre Droga e Crime, de forma a que a) pode ser o crime violento entendido como efeito secundário do consumo de algumas drogas; b) pode ser o vício o facto originário do crime (e vice-versa); e c) indo ao encontro da existência de um mercado ilegal de droga e das subculturas delinquentes.

Relativamente ao último modelo explicativo, salientamos a crise económica atual, que alterou o modo como a droga se apresenta ao consumidor, originando o tráfico de



substâncias de menor qualidade e mais barata, e assim ao alcance dos consumidores, quer no sentido de manutenção de consumo, quer no sentido de experimentação/contacto inicial.

Os valores e a lógica deste mercado depende de diversos fatores, dos quais destacamos a compensação pelo risco, que cria como que uma taxa aplicada ao preço da droga, que beneficia desde as organizações criminais até aos pequenos *dealers*; o aumento de investimento na luta contra o crime e a maior repressão, que aumentam os montantes que as organizações criminosas despendem em corrupção, na produção de mais criminosos, tornando-se ainda mais violentos pelo controlo de várias áreas de comércio, bem como face à reação do Estado; e o risco de as substâncias serem adulteradas ou modificadas (traçadas) com outras substâncias, sem qualquer controlo (e já não tendo as substâncias originais qualquer tipo de controlo responsável ou responsabilizável). Destacamos ainda o facto de o mercado se encontrar cada vez mais desenvolvido, surgindo métodos seguros e eficazes de traficar, evitando o meio criminoso, bem como o contacto entre o consumidor e o traficante.

Já a relação entre Droga e Morte, não se apresentam factos conducentes à percepção, ainda existente em parte na opinião pública, que a droga mata. De facto, como principal causa associada destacam-se as *overdoses*. Este fenómeno tem como principais causas o policonsumo (encontrando-se o álcool no topo das substâncias aí implícitas); a alteração das substâncias, sem qualquer controlo de qualidade, e a abstinência, normalmente auto-induzida e sem qualquer controlo, com receio do estigma associado à admissão do problema em público. E como pode o consumidor poder obter as informações corretas, de uma fonte fidedigna, de forma a salvaguardar, dentro do possível, a sua própria saúde? Faz parte do papel do Estado educar e informar convenientemente a população. No entanto, as *overdoses* apresentam números bastante baixos, prevalecendo as mortes advindas direta ou indiretamente da proibição das substâncias. As condições sanitárias, por vezes deploráveis, não asseguram de forma alguma a proteção do consumidor e da sociedade, potencializando a transmissão de doenças, nomeadamente as endovenosas, e por fim, surgem os acidentes de viação, suicídios e homicídios, onde se encontra presente alguma substância. Mas qual a relevância exata da substância nos factos? E qual a consideração sobre o desfaseamento temporal entre a verificação dos efeitos das substâncias e o período em que é possível detetável as substâncias no organismo? Parece-nos uma relação forçada.

Desta forma, em regra, as causas da morte advindas do consumo de droga consubstanciam uma pequena fatia do bolo que integra as causas endógenas e exógenas

que determinam a verificação dos factos mortais, não devendo a droga ser (mais uma vez) utilizada como bode expiatório dos restantes problemas, onde predominam os sociais.

Relativamente aos controlos sociais, quer formais, quer informais, no sentido de exclusão da delinquência corre em três sentidos: neutralizar, dissuadir e reintegrar os delinquentes. Sobre a forma de combate ao crime através dos meios de controlo social existem três: a) a mobilização de controlos informais, como causa de conformidade social, através da coação informal, e que pode levar à estigmatização se não for eficaz (facto que pressupõe que os grupos de influência adotem a norma conformadora, sob pena de não surtir qualquer efeito); b) prevenção situacional, diminuindo as situações de vitimização, o que, no caso concreto, apenas seria possível através de meios de vigilância e iluminação de praticamente todos os becos; e c) sanções, nas várias aceções preventivas.

Ora, isoladamente, as instâncias de controlo social falham, sendo necessária uma aplicação conjunta e coerente. Isto porque, aplicando apenas as instâncias de controlo informal, correr-se-á o risco de anular o objetivo da aplicação da pena, permitindo a vitimização e estigmatização do indivíduo, que se vê privado das suas garantias constitucionalmente previstas. Já o controlo formal por si é seletivo, discriminatório e influenciado por opções políticas, como tem vindo a ser verificado, sendo o estereótipo mecanismo de seleção e reprodução, destruindo mais vidas do que a droga propriamente dita. Nomeadamente, considerado o facto de que a opinião pública é tanto um reflexo manifestado pelo poder legislativo, como uma arma legitimadora da intervenção ou não do sistema penal, influenciando-se mutuamente, da mesma forma que influenciam a sociedade propriamente dita.

É necessário, assim, uma educação social adequada a salvaguardar os interesses da sociedade e, conseqüentemente, dos consumidores enquanto membros da sociedade e enquanto indivíduos, e uma atuação conforme por parte dos controlos sociais formais. De facto, questionamos apenas qual será o controlo social que irá tomar iniciativa decisiva na mudança de paradigma.

Face à concretização do tipo legal do consumo, e conseqüentemente do tráfico necessário a permitir o primeiro, como crimes de perigo abstrato e crimes sem vítimas, entendemos que a criminalização destas condutas deverá ser bastante ponderada, à luz dos princípios essenciais elencados na Parte I.

Assim, desde logo deverá pré-existir uma norma sancionatória ao comportamento do indivíduo, de maneira a que este possa ter conhecimento do regime aplicado e da

perspetiva do Estado no que diz respeito à danosidade das suas condutas. É necessário que a norma seja clara, e tal não sucede. Este dualismo de sistemas existentes no nosso ordenamento jurídico não permite que os cidadãos conheçam plenamente a lei e as consequências da sua violação. Como pode o indivíduo saber, nomeadamente no mercado ilegal em que adquire as drogas, se está a provocar danos face aos quais o Estado sente a necessidade de intervir com o Direito Penal ou com o Direito Contraordenacional? Terá de andar com uma balança no bolso (sob pena de indiciar tráfico) e andar a pesar as substâncias antes de adquiri-las? Mas tal não bastará face ao regime atual. Deverá ainda ter saber concretamente as substâncias ativas presentes nas substâncias de forma a calcular as quantidades permitidas pela Portaria n.º 94/96, de 26 de Março? E se agir na convicção de ter quantidades que se enquadram no âmbito da aplicação da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, estará perante uma situação de erro sobre as circunstâncias do facto, sendo punido a título de negligência? De facto, já existe um sentimento de ignorância da lei por parte da sociedade, ignorância essa que apenas aumenta quando existe um regime desconforme, como sucede no nosso ordenamento jurídico no caso do consumo.

Deverá ainda haver uma sanção coerente com a culpa do agente na prática dos factos, mas dos factos deverá advir uma lesão ou uma potencialização de uma lesão a um ou mais bens jurídicos, devendo a conduta ser censurada proporcionalmente às efetivas ou possíveis consequências. Dever-se-á, assim, averiguar os danos (ou possíveis danos) causados pelos factos, no caso concreto, à saúde-pública, e aplicar uma sanção/regulação coerente com os factos.

A aplicação da pena deverá ainda ser indispensável para assegurar a proteção do bem jurídico. Esta indispensabilidade advém do facto de todos os outros ramos de Direito serem incapazes de salvaguardar a proteção dos bens jurídicos, tornando-se assim legítima a aplicação do Direito Penal. Tal não sucedeu no nosso ordenamento jurídico. De facto, a intervenção inicial passou desde logo por aplicar o ramo contraordenacional ao tráfico, deixando de parte, quer o consumidor, quer a prestação dos bens por via lícita. Posteriormente, na década de 70, surgiu o regime proibicionista, aplicando o Direito Penal, quer ao consumidor, quer ao traficante, modelo este que, não obstante as criações legislativas subsequentes de forma a atenuar o regime, se manteve em vigor até ao século XXI. Os motivos foram explicados. O momento histórico foi determinante na aplicação do regime proibicionista, servindo como bode-expiatório e, assim, negligenciando todos os outros possíveis ramos de direito. É da nossa opinião que tal princípio não se verifica,

desde logo pelo desconhecimento da verificação do elemento da indispensabilidade *in casu*.

Já o dano inerente ao bem jurídico é abstratamente identificado, tal como sucede com a vítima, bem como abstratamente possível.

Por fim, e essencial para a legítima intervenção do direito penal, será necessário que a aplicação da pena seja eficaz. Partilhamos do entendimento de que este elemento necessário – a eficácia, não se verifica, por todos os factos supra explicados, destacando-se violação da reserva da intimidade e autodeterminação do indivíduo, pelo facto de o regime repressivo constituir uma guerra contra a vontade do indivíduo, sendo o consumo uma opção iminentemente individual, com danos advindos da droga *per si* essencialmente pessoais, sobre a qual cabe ao Estado garantir que estes a possam obter de forma segura, abstendo-se assim de exercer o seu Paternalismo; e a ineficácia da aplicação da pena. A prática do crime de tráfico vale o risco, compensa. Sendo que o risco inerente ao crime aumentará devido à maior intervenção do Estado através dos mecanismos ao seu dispor, continuando a compensar. De facto, e como claro ficou, entendemos que os danos causados pela própria proibição são superiores aos danos que efetivamente se previnem, tornando o próprio Direito Penal produtor de criminalidade e de criminosos.

Desta forma, entendemos que o Estado carece de legitimidade ao criminalizar o consumo, bem como o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

De facto, considerando que o proibicionismo tem, *in casu*, na Europa 103 anos, e em Portugal há 89 anos; que surgiu baseado em valores e ideologias morais – não podendo estes ser fundamento da tipificação penal, e ainda não demonstrou resultados que permitam que continue a predominar, nem vendo como o poderá ser. De facto, o Direito Penal essencialmente tenta controlar um mercado de oferta e procura, isto porque a) o mercado da droga sempre foi regulado sem interferências do direito penal; b) os controlos informais podem, e conseguem ser mais eficazes, limitando os controlos formais a prática e a eficácia dos primeiros; e c) a necessidade, e efetiva existência de uma descentralização de competências por entre os vários órgãos ao serviço da administração pública.

Consiste essencialmente numa guerra contra a vontade individual, numa intervenção intrusiva.

As verbas despendidas no combate à droga são cada vez maiores, o proibicionismo financia as organizações criminosas, o branqueamento de capitais mantém-se constante na economia mundial, gera o aumento da criminalidade aquisitiva, cria o mercado ilegal com

as demais consequências, zonas de risco, marginalização, aliciamento, corrupção, práticas policiais abusivas e discriminatórias, e consequente reação social. Tudo isto gera a perda de credibilidade no trabalho do Estado.

Relativamente à Saúde Pública, bem jurídico titulado pela Lei da Droga, o proibicionismo revelou-se falível, sendo que o consumo mantém-se, as drogas estão cada vez mais fortes, mais danosas e mais lucrativas. Quando a necessidade ou eficácia da intervenção penal deixa de ser sentida pela sociedade, o Estado tem a obrigação de reduzir o controlo formal, originando o fenómeno da descriminalização. O Direito Penal encontra-se vinculado a motivos de utilidade e oportunismo. Mas quem tem mais culpa na lesão da saúde pública? Entre o Estado e o consumidor, entendemos ser o Estado, surgindo a lógica descriminalizadora baseada essencialmente na liberdade individual, e na eficácia e utilidade da incriminação. Além do dualismo de mecanismos de intervenção para a mesma conduta, a lei também não tem sido coerente *in casu*. Entre consumo e tráfico, ora nada é crime, ora tudo é crime, ora um é crime e o outro não, não obstante existir uma relação inalienável entre fornecimento e consumo de drogas, de maneira que concordamos com as recomendações de Jelsma, no que diz respeito às iniciativas preliminares com vista à alteração do paradigma, ou seja, a sua alteração de forma a se abster de se basear em princípios meramente ideológicos e morais, a diferenciação de substâncias, com base nos danos provocados na saúde individual e pública, bem como com base nos seus efeitos. De forma a alcançar uma repressão seletiva, mas lógica, das drogas; retirar o monopólio das drogas dos mercados e organizações criminais ilícitas; flexibilizar a margem de manobra da ordem interna face às suas obrigações internacionais, aplicar as relacionadas com as drogas consideradas ilegais em termos proporcionais, atentos os danos efetivamente causados, e por fim, a educação e sensibilização social do fenómeno da droga.

Assim, afigura-se necessário admitir a existência, os danos e a falência do proibicionismo, procurando alternativas. Como fundamentos para alterar o paradigma destacam-se as ideologias presentes derivadas de informação errada e/ou incompleta, bem como a impossibilidade de se prestar conveniente sob a alçada do proibicionismo; a consequente criação de subculturas delinquentes e de situações de vitimização, o dinheiro despendido na luta contra o crime e no sistema de saúde, a produção de criminosos, de organizações criminosas, do mercado ilegal e de zonas de risco, tudo consequência do proibicionismo; o dano causado aos cofres do Estado, necessitando de distribuir ainda mais verbas, quer com aos Órgãos de Polícia Criminal, quer ao sistema prisional, entre todos os

demais órgãos envolvidos no processo; a falência desse regime na proteção da saúde pública, pelo menos; em termos proporcionais aos causados; a ineficácia do efeito dissuasor da pena e do direito penal; a impossibilidade de determinar a falência da descriminalização na sociedade atual; os danos aos bens jurídicos individuais, quer através da criação legal, quer através da aplicação de sanções; e, por último, o Paternalismo do Estado que este regime representa.

No que diz respeito à legislação, somos obrigados a compreender a existências de duas ordens jurídicas, a internacional e a nacional.

A legislação portuguesa tem evoluído em consonância com as regulamentações europeias, destacando-se, *in casu*, a Convenção Única de Estupefacientes, em 1961, que almejava erradicar totalmente o consumo das drogas a médio/longo prazo; a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de Viena, em 1971, que admitia a distinção entre os vários tipos de drogas, e a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico (Convenção de Viena), em 1988, adaptando os efeitos nas bases económicas, culturais e políticas da sociedade, e não só no âmbito individual, destacando a necessidade de desenvolver a cooperação internacional.

Em Portugal, desde a promulgação do Decreto n.º 12 210, de 24 de Agosto, em 1926, até 1970, com o Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro, a droga foi regulada enquanto mercadoria, cabendo ao sistema contraordenacional regular o regime aplicável às substâncias. Surgiu este Decreto-Lei numa fase de revolução no país, sendo a droga usada como bode-expiatório dos reais problemas da sociedade, atribuindo-se à droga a culpa por todos os males da sociedade, e vendo o consumidor/toxicod dependente como um indivíduo perigoso, um delinquente, cuja perigosidade legitimava a repressão e tratamento do indivíduo por parte do Estado, na perspectiva de defesa social, passando uma imagem irrealista das drogas, e determinando a criação das relações entre os fenómenos de droga e crime, numa escala completamente desproporcional aos factos.

Após a Revolução dos Cravos em 1974, em 1975 surge o C.E.J. e o C.J.I.D., vindo a ser substituídos em 1976 pelo C.I.C.D., Assim, e face ao aumento do problema em Portugal, face à conjuntura social, política e económica que se vivia, que incluiu o retorno dos soldados do ultramar e um crescente desemprego, nomeadamente nos jovens, aumentou a presença da droga na sociedade, admitindo-se, no entanto, a problemática em responsabilizar o consumidor, face à sua “inimputabilidade”.

Eventualmente as drogas difundiram-se pela sociedade em geral, por todo o país, tendo alcançado a sua época mais problemática na década de 80, com o S.I.D.A. a revelar ao mundo a presença das drogas na sociedade, nomeadamente as consumidas endovenosas, nomeadamente heroína, e os problemas a estes associados.

Desta forma surgiu o Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, após ratificadas a Convenção Única de 1961 e a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas em 1971, em Portugal. Admitiu-se o consumidor como sendo um doente, que lesa a saúde pública, cabendo ao legislador incentivar o seu tratamento, por mais coercivo que seja.

Com a constante proliferação das drogas, e com a ratificação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, em 1991, surge o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que deu continuidade ao regime do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, justificando a intervenção penal com a necessidade de incentivar/instigar o toxicodependente ao tratamento, e dissuadir os consumidores em geral de consumir. Assim, o escopo do legislador deixa de ser os bens jurídicos individuais passando a ser a saúde pública, como bem jurídico essencial ao desenvolvimento da pessoa, e ao bom funcionamento da sociedade, reprimindo o consumidor com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 3 meses, quando detido com o máximo de 3 doses diárias, ou até 1 ano ou pena de multa até 120 dias, quando detido com quantidade superior, mantendo-se assim a mesma punição.

Em 1999, face ao desenvolvimento do conhecimento científico e da verificação da falência do sistema penal, e fruto do trabalho desenvolvido pela Comissão nomeada pelo Governo, surgiu a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga. De entre as suas convicções essenciais destacamos a necessidade de uma política internacional elaborada nos mesmos termos, criando uma postura coesa entre os vários ordenamentos jurídicos, o facto de o toxicodependente ser um doente, uma atitude pragmática na prevenção dos danos das toxicodependências na saúde pública; e os danos causados pelos crimes associados ao tráfico – criminalidade organizada e branqueamento de capitais.

Discordamos, no entanto, do teor atribuída a essas várias preocupações. Isto porque, a coesão estanque em que nos encontramos dificulta o respeito pelos princípios essenciais internos, dos vários ordenamentos jurídicos, e fruto de toda uma evolução, admitindo ser, no entanto, consequência de toda uma evolução na cooperação internacional, geradora de obrigações mútuas entre os vários países aderentes. No entanto,

os poderes políticos não podem, com a sua atuação vinculadora, onerar os próprios sistemas de direito interno, sobrepondo-se ao respeito pelos seus princípios. Discordamos ainda da doença atribuída ao consumidor, devendo ser comedida aos termos do alcoolismo para efeitos de tratamento, bem como comedida a sua culpa nos factos praticados em virtude da dependência. Já a atitude pragmática na prevenção dos danos na saúde pública não se tem verificado nos termos da sua potencialidade, desde logo porque somos convictos que a maioria dos problemas, tal como foi exposto ao longo da dissertação, surge exatamente do proibicionismo referente ao tráfico e ao consumo. Desta forma, consideramos a saúde pública o bem jurídico em causa, mas como causa na medida do dano social causado pelo proibicionismo. Mais ainda, a vigência das políticas vigentes despoletou o surgimento e a adesão de grande parte dos consumidores, e outros outrora não consumidores, às “novas drogas”, substâncias que, enquanto se mantiveram legal, demonstraram o poder da conotação “legal” inerente a uma conduta e a sua influência na visão da sociedade, bem como o efeito de substituição verificado. Da mesma forma surge a criminalidade organizada e o branqueamento de capitais, como consequências essencialmente do proibicionismo.

Como objetivos essenciais destacam-se a redução do consumo, o acesso aos toxicodependentes a tratamento, defender a saúde pública e a segurança, priorizando o combate ao tráfico de drogas e ao branqueamento de capitais.

Como meio idóneo para alcançar os objetivos e corresponder às suas convicções, enunciam a descriminalização do consumo (detenção e posse), para consumo privado, remetendo para o ilícito de mera ordenação social, correspondendo estes a uma necessidade de ordenação social. No entanto, afastaram as políticas de descriminalização do tráfico, numa lógica de permitir a regulação de mercado, desde logo porque as drogas “não são mercados como os outros”, pelo que o desvalor que paira sobre eles se mantém em grande parte da sociedade. Esta descriminalização surgiu no seguimento das convicções da E.N.L.C.D., numa opção prática, remetendo para as autoridades administrativas a regulação/proibição do consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, no sentido de tratar e reinserir o toxicodependente/doente, na sociedade, sob uma lógica biopsicossocial.

A E.N.L.C.D., acompanhada da necessidade de mudança de modelo interventivo, levou à promulgação da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, que viria a revogar parcialmente o art. 40.º do Decreto-Lei n.º 15//93, de 22 de Janeiro, descriminalizando a



aquisição ou detenção de drogas para consumo próprio, quando em causa até 10 doses diárias (art.2.º n.º2). No entanto, face à problemática em volta do art.28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, assente o regime aplicável quanto à detenção ou aquisição de drogas até 10 doses diárias, para consumo privado, ficou por definir o regime aplicável quando o consumidor detiver mais doses. Assim, durante cerca de 7 anos, foram adotados várias interpretações no sistema judicial, tendo sido apenas em 2008 uniformizada jurisprudência no sentido de definir que, quando em causa quantidades superiores a 10 doses diárias, seria de aplicar o regime previsto no art.40.º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, optando-se assim por uma interpretação restritiva do supra mencionado art.28.º. Interpretação esta que, à luz dos factos e no seguimento das convicções e objetivos da E.N.L.C.D., na nossa opinião não corresponde aos interesses da sociedade, devendo-se adotar a tese de que o consumo de estupefacientes deve integrar, na íntegra, o direito contraordenacional, sendo a quantidade detida considerada para definir a sanção concreta.

Em 2011, após entendimento de não ser legalmente razoável a dualidade de regimes, por violação do princípio da legalidade e das regras legais de interpretação das normas, previsto no art. 29.º C.R.P. e 7.º do C.E.D.H., consistindo numa integração de lacunas, devendo ser, em conformidade com a nossa opinião, a detenção e aquisição punidas só e apenas a título de contraordenação. No entanto, entenderam os Tribunais Superiores pela manutenção do entendimento perfilhado no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, tal como viria a suceder em 2014 e em 2015, não alcançando, no entanto, tal entendimento decisão unânime.

### **3. Termos em que concluímos**

À luz dos princípios do Direito, concretamente do Direito Penal, e no exercício da função reguladora do Estado, a repressão seletiva de drogas é ilegítima, correspondendo a uma expansão ilegítima dos limites de intervenção Estadual.

Ora, o regime presentemente em vigor deverá, à luz da sociedade atual e dos princípios fundamentais do direito e do direito penal, ser o da descriminalização total do consumo, e a regulação das condutas tipificadas no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, nomeadamente no artigo 21.º (cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda ou vender, distribuir, comprar, ceder, ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar), ficando sob

a alçada do Estado, através do monopólio da produção e comércio das substâncias por parte deste. Isto pressupõe, atentos os efeitos de substituição entre as várias substâncias, a responsabilidade e responsabilização dos indivíduos pelos seus atos, o efeito da conotação “legal”, e os demais motivos expostos ao longo das conclusões, que se elabore uma distinção clara entre drogas permitidas e proibidas, de entre as previstas nas Tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, distinção a ser considerada por entidades idóneas a tal, tendo a convicção de que se encontrarão no leque das proibidas, nomeadamente a heroína e o crack, e no âmbito das permitidas, nomeadamente o cannabis, e assim permitindo que a seleção natural percorra o seu curso com respeito às liberdades e garantias dos consumidores enquanto pessoas. Mais impõe a determinação de um regime semelhante ao do álcool, do tabaco e dos diversos medicamentos, em termos de regulação das diversas condutas, desde a sua criação até alcançar o organismo dos consumidores.

No entanto, face à limitação formal de cariz internacional, que impede a aplicação de tal regime, face ao art. 8.º da C.R.P., - facto que levou a que o Professor Faria Costa elaborasse um parecer no sentido de o único meio ato a conciliar os interesses nacionais com as vinculações internacionais seja a descriminalização do consumo e a criminalização do tráfico – entendemos que o regime a vigorar, por ora, deverá ser o da descriminalização total do consumo, podendo considerar-se a quantidade detida como uma agravação, ou qualificação, do tipo legal ou da sanção aplicada, bem como definir legalmente uma distinção entre as diversas substâncias com base nos seus efeitos e nos seus danos/consequências, opondo-se à delegação dessas considerações às respetivas entidades administrativas; mantendo-se o tráfico criminalizado.

Isto, claro, enquanto nos for imposto deambular neste regime hipócrita.

Por investigar ficou ainda a relação entre as drogas e as doenças, relacionar comparativamente aos dados do álcool e do tabaco, os efeitos e comparação das drogas individualmente como critério de distinção para efeitos de descriminalização, sendo nossa convicção que, aferidos tais aspetos, facilmente se alcançaria a mesma conclusão.

Por fim, ficou ainda por desenvolver a forma como este processo descriminalizador seria desenvolvido pelo Estado, e por determinar os contornos concretos da legislação internacional, como impositor do regime proibicionista em Portugal, bem como o direito comparado, como essencial no desenvolvimento de novos conhecimentos práticos, pelo que relegaremos tais considerandos para uma oportunidade futura.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Manuel da Costa - A vítima e o problema criminal. Coimbra, 1980
- ANDRADE, Manuel da Costa – Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora. Junho de 2004. ISBN 972-32-0438-X. Pp.696.
- AGRA, Cândido da – Entre Droga e Crime, actores, espaços, trajetórias, Editorial Notícias, 1.<sup>a</sup> edição, Novembro de 1998. ISBN 972-46-0965-0. P.115.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – O que é a política criminal, porque precisamos dela e como a podemos construir?, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano IV, n.º3, Julho-Setembro, 2004. Coimbra Editora. ISSN 0871-8563. Pp.435-452.
- ARISTÓTELES - Ética e Nicómaco, Tradução de António de Castro Caeiro, Quetzal Editores, 4.<sup>a</sup> ed, 2012, ISBN – 978-972-564-803-2. Pp. 315.
- BARATTA, Alessandro – Criminología Crítica Y Crítica del Derecho Penal – Introduccion a la sociologia jurídico-penal, traducción de Álvaro Buñster. 1.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004. ISBN 987-1105-18-5. Pp.264.
- BRONZE, Fernando José, Lições de Introdução ao Direito, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 2006. Pp. 988.
- BOITEUX, Luciana – Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas Ilícitas, in Journal Le Monde Diplomatique, Ano 3, n.º26, Set.2009. pp.11.
- CAULKINS, Jonathan P.; KLEIMAN, Mark A. R. – Drugs and Crime, chapter 10 in Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice. 2011. ISBN 978-0-19-539502-8.
- Canábis: Verdades e Mentiras, in Super Interessante, n.º194, Junho 2014. Depósito legal n.º 112.152/98.
- CARVALHO; TRIGUEIROS, Liliana e CARMO, Maria - Novos usos de drogas: um estudo qualitativo a partir das trajetórias de vida. Toxicodependências, 2010: 29-44.
- CHAVES, Rui Moreira - Regime Jurídico do Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, Almedina, Coimbra, 1994
- Crime and Justice – Volume I – The Criminal in society, editado por Leon Radzinowicz e Marvin E. Wolfgang, Basic Books, Inc., Publishers, New York / London. P.953.
- COELHO, Pinto Coelho - A esperteza saloia das Smartshops, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 101/102, Abril/maio 2013, ISSN 0873-4860 27. Pp.34-35.
- CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, vol. I, Edições Almedina S.A., Janeiro, 2014. ISBN 978-972-40-0123-4
- COSTA, José Francisco de Faria – O Perigo em Direito Penal, Coimbra Editora, 2000. Pp.656.

COSTA, Eduardo Maia – Novos rumos da política sobre drogas, in Revista TOXICODEPENDÊNCIAS, Ed. SPTT, vol.7 n.º1, 2001. Pp. 3-15.

CÔTÈ, Roch, Droga - A Guerra Quimérica, Tradução de Maria Eduarda Azinheira e Maria Leonor Silvestre, 1ª edição, Ulmeiro, 1997. P.131. ISBN 972-706-270-9. Pp.131

CUSSON, Maurice – Criminologia, Prefácio de Cândido da Agra e Tradução de Josefina Castro, 3.ª edição, Maio de 2011, CASA DAS LETRAS. ISBN 978-972-46-1620-9. Pp. 254.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena, 1ª ed. Coimbra Editora, 2011. Pp. 573.

DIAS, José de Figueiredo – Direito Penal – Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1523-6. Pp. 1051.

DIAS, Jorge de Figueiredo – Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro, in Revista da Ordem dos advogados 43 (1983).

DIAS, Jorge de Figueiredo. - Uma Proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização da drogas. Revista Jurídica de Macau. Janeiro / Abril. 13-31.

DIAS, Lúcia Nunes - As Drogas em Portugal - O Fenómeno e os Factos Jurídico-Políticos de 1970 a 2004, tese elaborada no âmbito do Mestrado em Toxicodependência e Patologias Psicossociais.

Droga e Crime – Estudos Interdisciplinares – Direcção: Cândido de Agra – Vol.11 – Trajectórias desviantes (1997)

Droga e Crime – Estudos Interdisciplinares – Direcção: Cândido de Agra – Vol.6 Processos psicofisiológicos em consumidores de droga e delinquentes (1997)

ESCOHOTADO, Antonio – Aprendiendo de las drogas, Usos y abusos, prejuicios y desafios, Anagrama, 2005. ISBN 9788433914415.

EMCDDA PAPERS – Mortality among drug users in Europe: new and old challenges for public health. Luxemburg: Publications Office of the European Union. ISBN 978-92-9168-757-2. P.21

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction – The Internet and drug markets – The Internet and drug markets. Summary of results from and EMCDDA Trendspotter study, disponível online em <http://www.emcdda.europa.eu/publications/technical-reports/internet-drug-markets> , consultado em 18/02/2015.

Fernandes, Luíz – Portugal – Acerca do perfil do Consumidor de Drogas, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º90, Maio 2012. P.28

FERREIRA, Manuel Cavaleiro, Lições de Direito Penal – Parte Geral I, a Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, Reimpressão da 4.ª edição, Edições Almedina, SA, Maio 2010. ISBN 978-972-40-4205-3.

FONSECA, Cristina Reis – Consumo de Drogas: Crime ou Contra-Ordenação, in Saúde Mental, vol VIII, n.º4 Julho/Agosto 2006. Pp.39-50.

FREUD, Sigmund – O Mal-Estar na Civilização, Tradução de Isabel Castro Silva, Relógio D'Água Editores, Lisboa, Fevereiro de 2008, Depósito Legal n.º 272141/08. Pp.163.

FOUCAULT, Michel – Vigiar e Punir, Tradução de Raquel Ramalhe, 20ª Edição, Editora Vozes, Petrópolis 1999. Pp.288.

FUENTE, Vega Armando, Los educadores antes las drogas, Santillana, 1988. ISBN – 84-294-2116-5. Pp.305.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro - A autocolocação da vítima em risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

GRECO, Luís – Posse de droga, privacidade e autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n.º87, nov-dez, 2010, Editora Revista dos Tribunais. 2010. ISSN 1415-5400. Pp.84-102.

GREENWALD, Glenn – Drug Decriminalization in Portugal – Lessons for creating Fair and Successful Drug Policies, CATO Institute, 2009. Pp.30

JACQUES, Jean-Pierre – Para acabar com as toxicomanias, CLIMEPSI Editores, 1.ª edição, Lisboa, Setembro de 2001. ISBN 972-8449-82. Pp.22.

JELSMA, Martin – O estado atual do debate sobre políticas de drogas. Tendências da última década na União Europeia e nas Nações Unidas - Texto de apoio para a Primeira Reunião da Comissão Latino-americana sobre Drogas e Democracia, Rio de Janeiro, 30 de Abril de 2008. Jornal de Notícias, segunda-feira 09/02/15, n.º253, ano 12. P.10.

KARSAI – As questões fundamentais de uma legislação penal sobre as drogas, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 19, vol.92, set-out, Editora Revistas dos Tribunais, 2011. ISSN 1415-5400. Pp.97-120.

LOBO, Fernandes Gama, Droga – Legislação, 2ª edição, Quid Iuris, 2010. P.686. ISBN 978-972-724-508-6. Pp. 686.

LACHENMEIER, W. Dirk, e REHM, Jürgen – Comparative risk assessment of alcohol, tobacco, cannabis and other illicit drugs using the margin of exposure approach, in Scientific Reports, published in 30/01/2015. Pp.7.

LARENZ, K., Metodologia da ciência do Direito (tradução de José Lamego), 3.ª Edição Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1978. ISBN 972-31-0770-8. MANSSON, Anette Skarner e SVEN-Axel - Young people and drugs: on navigation in the drug landscape. European Journal of Social Work, 2008. Pp.105-116.

MCWILLIAMS, Peter – Ain't Nobody's Business If You do, 1996, Prelude Press, ISBN 0-931580-58-7.

MONTEIRO, Cristina Líbano – O consumo de droga na política e na técnica legislativa: comentário à lei n.º 30/2000, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fasc.1.º, Janeiro-Março, Coimbra Editora, 2001. ISSN: 9871-8563. Pp.67-98.

NUNES, Laura M. - Droga-Crime Desconstruções. Porto, Edições Universidade Fernando Pessoa, 2011. ISBN 978-989-643-081-8. Pp.192.

Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência – Relatório Europeu sobre Drogas – tendências e evoluções, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. ISBN 978-92-9168-707-7.

Observatório Europeu sobre Drogas – Tendências e evoluções, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015. ISBN 978-92-9168-79.

POIARES, Carlos Alberto - Análise Psicocriminal das Drogas – O Discurso do Legislador, Almeida, Leitão Lda., Porto, 1998. Pp. 625.

POIARES, Carlos – A descriminalização do consumo de drogas: abordagem juspsicológica, in Revista TOXICODEPENDÊNCIAS, Ed. IDT, vol.8 n.º2, 2002, pp 29-36

POIARES, Carlos – Contribuição para uma análise histórica da droga, in Revista Toxicodependências, Ed. SPTT, ano 5 n.º1, 1999. Pp.3-15.

POIARES, Carlos – Variações sobre a Droga, in Revista TOXICODEPENDÊNCIAS, 6ª ed., vol.7 n.º2, 2001. Pp. 67-75.

POIARES, Carlos – Justiça, Exclusão Social & Psicologia ou Estranhas Formas de Vida, II Congresso Internacional da área de Psicologia e do Comportamento Desviante – Estranhas formas de Vida, 2004.

POIARES, Carlos A. - Análise Psicocriminal das drogas – O discurso do Legitimador, Porto: Almeida & Leitão, Lda, 1998, 625.

Projecto de Resolução N.º 1435/XII (4.ª), publicado no Diário da Assembleia da República, II Série – A, número 114, 17 de abril de 2015,

QUINTAS, Jorge, Regulação Legal do Consumo de Drogas - Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização. Porto: Fronteira do Coes Editores, 2011. Pp.334.

Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948,

Resolução da Assembleia da República n.º 25/91, de 6 de Setembro

Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de maio

Recomendações do Conselho – Estratégia da UE de Luta contra a Droga (2013-2020), in Jornal Oficial da União Europeia, publicado em 29/12/2012

RIBEIRO, Maurides de Melo; RIBEIRO, Marcelo, MSc – Política mundial de drogas ilícitas: uma reflexão histórica, *online* in [http://www.abead.com.br/boletim/arquivos/boletim41/ribeiro\\_e\\_ribeiro\\_politica\\_mundial\\_de\\_drogas.pdf](http://www.abead.com.br/boletim/arquivos/boletim41/ribeiro_e_ribeiro_politica_mundial_de_drogas.pdf)

RODRIGUES, Anabela Miranda – Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos, in Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol.III, Coimbra Editora, Janeiro de 2009, ISBN 978-972-32-1671-4. Pp.159-198.

ROMANI, O. (1999) Las drogas – sueños y razones.. Barcelona. Editorial Ariel. Pp. 51-73.

ROXIN, Claus – Política criminal y sistema del derecho penal, Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2.<sup>a</sup> edição, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, abril de 2000. ISBN: 950-741—086-4. Pp.128.

SCHUR, Edwin M.; BEDAU, Hugo Adam – Victimless Crimes – Two sides of a Controversy, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, N.J., 1974, pp.137. ISBN 0-13-941690-0. Pp.146.

SICAD – Enquadramento Epidemiológico – Geral, II . A. Contextualização do fenómeno dos comportamentos aditivos e das dependências em Portugal, disponível *online* em [http://www.sicad.pt/BK/EstatisticaInvestigacao/InformacaoEstatistica/Enquadramento/Lists/SICA D\\_ENQUADRAMENTO/Attachments/1/Enquadramento\\_Epidemiologico\\_Geral.pdf](http://www.sicad.pt/BK/EstatisticaInvestigacao/InformacaoEstatistica/Enquadramento/Lists/SICA D_ENQUADRAMENTO/Attachments/1/Enquadramento_Epidemiologico_Geral.pdf),

SICAD – Sinopse Estatística, Portugal 2012, Serviços de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências – Divisão de Estatística e Investigação, 2014.

SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende – Noções de Direito Constitucional e Ciência Política, Editora Rei dos Livros, 2008. ISBN 978-972-51-1139-0. Pp. 343.

SILVA, Germano Marques, Direito Penal Português - Teoria do Crime, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012. ISBN 978-972-54-0364-8.

TORRÃO, Fernando – Sociedade de Risco e Oportunidade - a intervenção penal entre a tentação de um modelo repressivo e os limites da proibição do excesso, in Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, n.º 1 e 2, 2002, Coimbra editora, 2003. ISSN 0872-2495. Pp.29-51.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da política criminal – novas (ou velhas) tendências, in Direito e Cidadania, ano IV, n.º 20/21, Maio a Dezembro, Coimbra Editora 2004, pp.135-145.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Consumo de Droga – Reflexões sobre o Quadro Legal, Almedina, 2014, 4<sup>a</sup> edição. Pp.204.

VAN HET LOO, v Beusekon, and Kahan - Decriminalization of Drug Use in Portugal p.60 apud GREENWALD, Glenn – Drug Decriminalization in Portugal – Lessons for creating Fair and Successful Drug Policies, CATO Institute, 2009.

WORLD DRUG REPORT 2014, UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations, June 2014. ISBN 978-92-1-148277-5.

## **Legislação**

### **Nacional**

Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro

Decreto-Lei n.º 745/75, de 31 de dezembro

Decreto-Lei n.º 791/76, de 5 de Novembro

Decreto-Lei n.º 792/76, de 3 de Setembro

Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro - Código Penal .

Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro

Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro

Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro

Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro

Decreto-Lei n.º 130-A/2001, de 23 de Abril.

Decreto-Lei n.º 54/2013, de 17 de abril

Decreto Legislativo Regional n.º 28/2012/M

Lei Constitucional n.º1/2005, de 12 de Agosto - Constituição da República Portuguesa

Lei n.º 27/92, de 31 de Agosto de 1992.

Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro

Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto

Portaria 94/96, de 26 de Março

PROJETO DE LEI N.º 403/XII/2.

Projeto de Lei n.º 880XII/4.<sup>a</sup>

### **Internacional**

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas

Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

Convenção Europeia dos Direitos do Homem/Humano

Convenção Única sobre Estupefacientes, de 1961

Protocolo de 1972

Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de em Dezembro de 1971



## **Jurisprudência**

Acórdão De Fixação De Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 07P1008, de 25-06-2008, relator CARMONA DA MOTA, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec744d4ae06d530c8025747a00526c07?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. 4044/09.9TAMTS.S1, com relator Souto de Moura, de 06/07/2011, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4aa9050bce1787e28025790b004d3448?OpenDocument>

Acórdão n.º 79/2015, do Tribunal Constitucional, no âmbito do processo n.º 495/13, publicado no Diário da República, 2.ª série – n.º 48 – 10 de março de 2015, pp.5916-5924

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 587/2014, no âmbito do processo n.º 230/14, relator Conselheiro José da Cunha Barbosa, disponível *online* em <https://dre.pt/application/file/60955581>

Acórdão n.º 79/2015, do Tribunal Constitucional, no âmbito do processo n.º 495/13, publicado no Diário da República, 2.ª série – n.º 48 – 10 de março de 2015, pp.5916-5924

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 586/05.3TAACB- C1, de 24/06/2009, com Relator Isabel Valongo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/642c7e9fe1082235802575f200350792?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proc. n.º 946/09.0GBILH.C1, de 19-12-2012, relatora Olga Maurício, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/3e4bcd6a653d9c4a80257b1200504276?OpenDocument>

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, no âmbito do processo 0643527, de 18-10-2006, relatora Coelho Vieira, disponível *online* em <http://biblioteca.mj.pt/AcordaoTRP.aspx?DocId=082746DEAE8274568025722C00545AD5>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, no âmbito do processo 0614664, de 22-11-2006, com relator André da Silva, disponível *online* em <http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b8abe3c460b07b77802572640059fa75?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 2465/11.6TAMTS.P1, de 02-10-2013, relator PEDRO VAZ PATO, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3b4ca812ddad8bde80257c05003d1594?OpenDocument&Highlight=0,consumo,de,estufefacientes>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proc. n.º 65/11.0PFBRG.G1, de 20-05-2013, relator Paulo Fernandes Silva, disponível *online* em

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ea8b0c5d133760a580257b82002ebf9e?OpenDocument&Highlight=0,consumo,estupefacientes>

Acórdão n.º TRG\_1444/10.5GBGMR.G1 de 12-03-2012, disponível *online* em [http://bdjur.almedina.net/juris.php?field=node\\_id&value=1763354](http://bdjur.almedina.net/juris.php?field=node_id&value=1763354)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no âmbito do processo n.º 0044143, de 28/06/2000, com relator Santos Moreiro, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5eed7d686826d31e80256988003b1651?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 1422/08.4PBOER.L1-5, de 07-02-2012, relator MARGARIDA BLASCO, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2ec159d931b694bc802579a4004068ca?OpenDocument&Highlight=0,consumo,estupefacientes>

### **Sítios Online**

<https://www.torproject.org/about/overview.html.en>

<http://silkroaddrugs.org/>

<http://www.dgsi.pt>

<http://biblioteca.mj.pt/>

<https://dre.pt/>

[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/tackling-harmful-alcohol-use\\_9789264181069-en#page86](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/tackling-harmful-alcohol-use_9789264181069-en#page86)

[http://www.sppneumologia.pt/uploads/files/comissoestrabalho/ct%20tabagismo/tabagismo11\(1\).pdf](http://www.sppneumologia.pt/uploads/files/comissoestrabalho/ct%20tabagismo/tabagismo11(1).pdf).

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0459+0+DOC+XML+V0//PT>